

**OPPHAVSRETTLIG LISENSNEKTELSE SOM MISBRUK AV
DOMINERENDE STILLING – MED VEKT PÅ
”NYTT PRODUKT” – VILKÅRET**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 579
Leveringsfrist: 26.04.2010

Til sammen 17 100 ord

25.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Den videre framstillingen	4
1.3	Rettskildene	4
1.3.1	De opphavsrettslige rettskildene	4
1.3.2	De konkurranserettslige rettskildene	5
<u>2</u>	<u>FORHOLDET MELLOM OPPHAVSRETT OG KONKURRANSERETT</u>	<u>7</u>
2.1	Innledning	7
2.2	De opphavsrettslige utgangspunkter	7
2.3	De konkurranserettslige utgangspunkter	10
2.4	”Konflikten” mellom opphavs- og konkurranseretten	11
2.5	Avveiningen mellom statisk og dynamisk effektivitet	14
<u>3</u>	<u>DEN RETTSLIGE RAMMEN – LEVERINGSNEKTELSE</u>	<u>16</u>
3.1	Innledning	16
3.2	Leveringsnektelser – en presentasjon	16
3.2.1	Innledning	16
3.2.2	Utgangspunktet og vilkårene for leveringsnektelse	17
<u>4</u>	<u>OPPHAVSRETTLIG LISENSNEKTELSE SOM MISBRUK</u>	<u>19</u>
4.1	Innledning	19
4.2	Nærmere om forskjellen mellom leveringsnektelser og lisensnektelser	21

4.3	Særlige omstendigheter må foreligge	23
4.3.1	Nødvendighetsvurderingen	25
4.3.2	Virkningsvurderingen – kravet til konkurransebegrensning	29
4.3.3	Objektiv rettferdiggjørende handling	30
<u>5</u>	<u>SÆRLIG OM ”NYTT PRODUKT”- VILKÅRET</u>	<u>32</u>
5.1	EU – domstolens anvendelse av ”nytt produkt”- vilkåret	32
5.1.1	Utgangspunktet og begrunnelsen for vilkåret	32
5.1.2	EU – domstolens anvendelse av ”nytt produkt”- vilkåret i <i>Magill</i>	34
5.1.3	EU- domstolens anvendelse av ”nytt produkt”- vilkåret i <i>IMS Health</i>	37
5.1.4	Kravet til potensiell etterspørsel	39
5.1.5	Også et krav at nektelsen hindrer fremveksten av et nytt marked?	41
5.1.6	Sammenfatning	43
5.2	”Nytt produkt”- vilkåret i <i>Microsoft</i>	45
5.2.1	Kommisjonens beslutning	45
5.2.2	Førsteinstansrettens avgjørelse	46
5.3	Forholdet mellom ”nytt produkt”- vilkåret i <i>Microsoft</i> og EU-domstolens praksis	49
5.3.1	Er betingelsene under kravet til særlige omstendigheter uttømmende?	49
5.3.2	”Nytt produkt”- vilkåret og kravet om at nektelsen må hindre den tekniske utviklingen til skade for forbrukerne	51
5.3.3	”Nytt produkt”- vilkåret som en kvalifisering av produktet som ønskes framstilt	52
5.3.4	Vurderingen av den dynamiske effektivitet	54
5.3.5	Andre bemerkninger	55
5.4	Et krav om markedsutnyttende adferd?	55
5.5	Er ”nytt produkt”- vilkåret tilstrekkelig for å oppnå dynamisk effektivitet?	58
<u>6</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>60</u>
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>62</u>

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

I denne avhandlingen vil jeg ta for meg en spesiell type leveringsnektelse som er forbudt under EU- traktaten¹ (TEU) artikkel 102 (jf EØS- avtalen² artikkel 54, jf konkurranseloven §11),³ nemlig opphavsrettslige lisensnektelser som misbruk av dominerende stilling. Jeg vil belyse de vilkår som gjør seg gjeldene for at en lisensnektelse skal medføre et misbruk, og det vil legges særlig vekt på vilkåret om at nektelsen må hindre fremveksten av et *potensielt etterspurt, nytt produkt*.⁴ Spørsmålet om når, og under hvilke vilkår, konkurransereglene kan pålegge en som har en opphavsrettslig beskyttet gode å gi tredjeparter (typisk en konkurrent) lisens, berører grenseflaten mellom opphavsrett og konkurranserett.⁵

Konkurranseretten forbyr dominerende foretak å misbruke sin sterke markedsposisjon. Forbudet skal sikre konkurransereglenes målsetning om å oppnå en effektiv ressursbruk gjennom fri konkurranse på markedet. Å ha en dominerende stilling er ikke i seg selv forbudt, men foretaket kan misbruke sin markedsposisjon ved å forhindre konkurranse fra andre aktører i markedet.⁶ Konkurransereglene gir derfor enkelte begrensninger på den kommersielle handlefriheten for foretak som er i en slik markedsposisjon.

¹ Traktaten om den europeiske union (tidligere EF-traktaten, Traktat om opprettelse av det europeiske Fellesskap)

² Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidesområde. Hoveddelen gjennomført i norsk rett ved EØS-loven av 7.november 1992 nr.109. Reglene for foretak er supplert av protokoll 21-24, Vedlegg XIV og ODA-avtalen (Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan (ESA) og en domstol).

³ Jeg kommer tilbake til rettskildebildet i pkt.1.3

⁴ *Magill*,premiss 54

⁵ Drexler(2008),s.215

⁶ Håndbok Konkurranseloven(2008), s.61

Etter opphavsretten vil et foretak som er innehaver av et opphavsrettslig beskyttet gode, ha en tidsbegrenset enerett til å råde over dette godet. I visse tilfeller kan eneretten føre til en markedsstruktur hvor rettighetshaver er dominerende. Retten til å nekte andre å utnytte det opphavsrettslig beskyttede godet, er en sentral side av enerettskonstellasjonen, og innebærer også retten til å nekte å gi lisens.⁷ En utøvelse av eneretten kan innebære en rettslig etableringshindring fordi den kan hindre andre markedsaktører i å utnytte den beskyttede informasjonen.⁸ Dette har en klar side til den konkurranserettslige markedsmekanismen, som bygger på prinsippet om fri konkurranse gjennom fri markedsadgang. Opphavsretten selv begrenser ikke rettighetshavers adgang til hindre andre i å utnytte det beskyttede godet, men den begrensningen konkurransereglene setter på handlefriheten til dominerende foretak, synes å også omfatte rettighetshavers handlinger.⁹ Hensynet til den effektive konkurranse kan dermed medføre at eneretten avgrenses mer enn det som følger av opphavsrettslige hensyn.¹⁰ Spørsmålet er dermed under hvilke vilkår vil det være et misbruk etter TEU artikkel 102 å nekte å gi lisens til et opphavsrettslig beskyttet gode.

EU- domstolen har lagt til grunn at som utgangspunkt vil en nektelse av å gi lisens ikke i seg selv kunne representere et misbruk. Avveiningen mellom hensynet til å beskytte immaterielle rettigheter og hensynet til konkurransen, har ledet EU- domstolen til å oppstille som vilkår at det kun ved *særlige omstendigheter*¹¹ vil kunne innebære et misbruk å ikke meddele lisens.¹² EU- domstolen har videre lagt til grunn at slike *særlige omstendigheter* foreligger dersom lisensnektelsen utelukker enhver konkurranse på et avledet marked, den er ubegrunnet og den hindrer fremveksten av et *potensielt*

⁷ Drexl(2008),s.215

⁸ Hagland(2007),s.24

⁹ Riis(1996)s.180

¹⁰Hensynene presenteres pkt.2.2

¹¹ Se f.eks Sak C-238/87, *Volvo mot Erik Veng*, Sml. 1988 s. 6211 (*Volvo mot Veng*), Forente saker C-241-242/92 P, RTE og ITP mot Kommisjonen (Magill), Sml. 1995 s. I- 743 (*Magill*), Sak C-418/01, *IMS Health GmbH & Co mot NDC Health GmbH & Co*, Sml. 2004 s. I-5039 (*IMS Health*)

¹² Sak C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*, Sml. 1998 s. I-7791(*Oscar Bronner*),premiss 39

etterspurt, nytt produkt ("nytt produkt"- vilkåret).¹³ Jeg vil i min avhandling legge hovedvekten på "nytt produkt"- vilkåret. Siden vilkåret er et ledd i en større avveining i forhold til når TEU artikkel 102 kan pålegge en rettighetshaver å gi lisens, finner jeg det også nødvendig å redegjøre kort for de andre vilkårene - for helhetens skyld.

I forhold til "nytt produkt"- vilkåret vil det være et spørsmål hvordan vilkåret skal forstås ut fra EU- domstolens rettspraksis på området. Hva vil det sies at et produkt er "nytt" ?

Hvordan trekker man linjen mellom det produktet som allerede eksisterer (som tilbys) og et mulig nytt ett?

I den hittil siste avgjørelsen vedrørende opphavsrettslig lisensnektelse, *Microsoft*-saken, kan det synes som om Førsteinstansretten¹⁴ har en annen oppfatning enn EU-domstolen i forståelsen av "nytt produkt"- vilkåret. Spørsmålet blir dermed hvordan Førsteinstansretten avgjørelse forholder seg til EU- domstolens praksis. Harmonerer avgjørelsene eller foreligger det motstrid? I denne forbindelse blir det også et spørsmål om vilkåret i stedet for å forstås som en kvalifisering av produktet som ønskes framstilt, er uttrykk for et mer generelt krav om lisensnektelsens markedsutnyttende effekt (ved at forbrukernes interesser blir skadelidende).

Jeg går ikke nærmere inn på en avgrensning av tema, da dette gir seg selv ut fra oppgavens problemstillinger. Det gjøres imidlertid oppmerksom på at konkurranseretten er et rettsområde hvor politikk og økonomi spiller en stor rolle. Samfunnsøkonomiske betraktninger har stor betydning i forbindelse med aktørenes stilling i markedet, og hvorvidt deres handlefrihet begrenses. Imidlertid vil økonomiske vurderinger kun behandles i det omfang det er nødvendig, da en uttømmende framstilling av dette vil sprengte rammene for avhandlingens tema.

¹³ *IMS Health*, premiss 38

¹⁴ Førsterettsinstansretten har kompetanse til blant annet avgjøre konkurransesaker. EU-domstolen vil fungere som ankeinstans og siste instans i en rekke saker som behandles av Førsteinstansdomstolen. Mer generelt regnes EF-domstolen derfor fortsatt som EUs "høyesterett" og vil ha jurisdiksjon over de store prinsipielle sakene.

1.2 Den videre framstillingen

Det er grenseområdet mellom opphavsretten og konkurranseretten som utgjør den rettslige konteksten for oppgaven. Jeg vil derfor først redegjøres for forholdet mellom de to rettsfærene (kapittel 2). Siden leveringsnektelser utgjør den rettslige rammen for opphavsrettslige lisensnektelser, vil jeg gi en presentasjon av denne ”læren” i kapittel 3. Videre vil jeg trekke grensen mellom henholdsvis leverings- og lisensnektelser, samt redegjøre for de ”alminnelige” vilkårene for lisensnektelser (kapittel 4). Jeg vil så gå nærmere inn på tilleggsvilkåret for lisensnektelser – kravet til at nektelsen må hindre et potensielt, etterspurt nytt produkt – der de ovennevnte problemstillinger søkes besvart (kapittel 5).

1.3 Rettskildene

1.3.1 De opphavsrettslige rettskildene

Opphavsretten reguleres av lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v, *åndsverkloven*. Ved lov 17. juni 2005 ble åvl. endret for gjennomføring av EUs opphavsrettsdirektiv.¹⁵ Hjemmel for direktivet er EF-traktaten, artiklene 57 (2), 66 og 100a. Direktivet innebærer en harmonisering av medlemsstatenes lovgivning på området for opphavsrett og nærstående rettigheter. Hovedmålsettingen er å skape rettslig klarhet når det gjelder utnyttelse av vernede åndsverk og arbeider i digital form. Direktivet vil være veiledende i tolkningen av de opphavsrettslige reglene. Ettersom det på opphavsrettsområdet er tradisjon for nordisk samarbeid, preges de nordiske lovene av likhet. Veiledning kan derfor hentes i nabolandenes kilder, selv om det på flere områder er forskjeller.¹⁶

For denne fremstillingen vil imidlertid dette ha mindre rettskildemessig betydning da problemområdene i større grad er knyttet til konkurranseretten og dens rettskilder. Ved de konkurranserettslige vurderingene vil det være de opphavsrettslige hensyn, fremfor rettsreglene, som spiller inn.

¹⁵ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF om harmonisering av visse aspekter vedrørende opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet

¹⁶ Rognstad på nettutgaven til Norsk Lovkommentar, *Åndsverkloven*

1.3.2 De konkurranserettslige rettskildene

Det rettslige utgangspunktet for de konkurranserettslige problemstillingene er lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger, heretter *konkurranseloven*, § 11. Bestemmelsen forbyr et foretak å utnytte sin dominerende stilling på utilbørlig vis.

Spørsmålet her er hvilken relevans og vekt EØS- og EU-rettslige kilder har ved tolkningen av konkurranseloven § 11 og forbudet mot misbruk av dominerende stilling.

Med konkurranseloven § 11 har en søkt å harmonisere de norske konkurransereglene for foretak, med de tilsvarende regler i EU/ EØS. Bestemmelsen samsvarer dermed med nasjonale tilpasninger til EØS- avtalen¹⁷ artikkel 54 og TEU¹⁸ artikkel 102. Dette innebærer at de to sentrale vilkårene i konkurranseloven § 11, *dominerende stilling og utilbørlig utnyttelse*, i utgangspunktet skal tolkes og anvendes på samme måte som etter EØS- avtalens artikkel 54 og TEU artikkel 102. Dette følger av forarbeidene.¹⁹ Det understrekes likevel at forskjeller i reglens formål, virkemidler og rettskildesituasjon kan føre til at norske myndigheters praksis etter konkurranseloven § 11 kan avvike fra praksis under EØS- avtalens artikkel 54 og TEU artikkel 102.

EU/EØS-retten krever ikke at nasjonale konkurranseregler skal samsvare med EØS- avtalens konkurranseregler. Ved tolkningen av § 11 er det ikke påkrevet å legge EØS- rettens homogenitetsmålsetning²⁰ til grunn.²¹ Det følger likevel av EØS-

¹⁷ Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidesområde. Hoveddelen gjennomført i norsk rett ved EØS-loven av 7.november 1992 nr.109. Reglene for foretak er supplert av protokoll 21-24, Vedlegg XIV og

ODA-avtalen (Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan (ESA) og en domstol).

¹⁸ Traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte

¹⁹ Ot.prp.nr. 6 (2003–2004) punkt 6.6.1 og pkt 17

²⁰ EØS-avtalen artikkel 1 jf fortalen punkt 15

²¹ Se Graver(2004)s.343

konkurranseloven²² § 7²³, jf konkurranseloven § 15 at når norske domstoler og konkurransemyndigheter anvender konkurranseloven § 11 på tilfeller der samhandelskriteriet (og også de øvrige vilkårene i EØS- avtalen artikkel 54) er oppfylt, har de plikt til å anvende artikkel 54 samtidig. Dette betyr at selv om den nasjonale bestemmelsen ikke får anvendelse i den konkrete saken, skal nasjonale myndigheter likevel undersøke om forholdet rammes av artikkel 54. I prinsippet kan konkurranseloven § 11 tolkes og anvendes mer restriktivt enn EØS- avtalen artikkel 54, jf EØS- konkurranseloven § 7 annet ledd annet punktum.

At de materielle reglene i konkurranseloven, søkes å være harmonisert med EØS- avtalen, innebærer at fellesskapsrettslig metode og tolkning i stor grad får anvendelse også under konkurranseloven § 11. De sentrale rettskildene vil være rettspraksis under TEU artikkel 102 og formålsbetraktninger, men også Konkurransetilsynets praksis under konkurranselovens § 11 vil ha betydning. Det følger av forarbeidene at praksis fra EU- domstolen, Kommisjonen og EFTA's overvåkingsorgan vil være av stor betydning som rettskilde.²⁴ Også Høyesterett har understreket at EU-domstolens praksis generelt sett anses som en tungtveiende og sentral rettskilde ved tolkningen av EØS- avtalens bestemmelser.²⁵

Det følger av det som nå er sagt om rettskildene, at praksis fra EØS og EU-domstolen må tillegges stor vekt ved anvendelsen av den norske bestemmelsen i § 11. Da det foreligger mest praksis på området fra EU-domstolen, vil dens praksis være den mest sentrale kilde for å fastlegge innholdet i konkurranseloven § 11. I forhold til avhandlingens tema blir det derfor tolkningen og EU- domstolens praksis knyttet til TEU artikkel 102, som vil være avgjørende. For enkelhetens skyld vil jeg derfor konsentrere meg om tolkningen av denne bestemmelsen, da bestemmelsene uansett er ment å tilsvare hverandre.

²² Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. av 5.mars 2004 nr.11

²³ Se Rådsforordning 1/2003 av 16.desember 2002 artikkel 3

²⁴ Ot.prp.nr. 6 (2003–2004) punkt 6.6.1

²⁵ Se bl.a. Rt.2000.1811

2 Forholdet mellom opphavsrett og konkurranserett

2.1 Innledning

En opphavsrett medfører at rettighetshaver kan hindre andre markedsaktører i å nyttiggjøre seg det beskyttede godet.²⁶ Eneretten innebærer da med andre ord en rettslig etableringshindring²⁷ for andre markedsaktører.²⁸ Konkurranserettens formål er på sin side å sikre en effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser. Fri konkurranse på markedet er et middel for å nå målsetningen om en effektiv ressursbruk, gjennom blant annet prinsippet om fri markedsadgang for alle aktuelle aktører i markedene.²⁹ I et konkurranserettslig lys vil dermed opphavsretten i utgangspunktet fremstå som en hindring i det eneretten vil kunne oppleves som en konkurransebegrensning.³⁰ De grunnleggende utgangspunkt for opphavsretten kontra konkurranseretten fremstår altså som motsetningsfylte.³¹

Jeg vil i det følgende redegjøre nærmere for utgangspunktene og de hensyn som ligger til grunn for henholdsvis opphavsretten og konkurranseretten. Jeg vil så redegjøre nærmere for den ”konflikt” som kan sies å ligge innbakt i grensesnittet mellom de to rettsfærene.

2.2 De opphavsrettslige utgangspunkter

Opphavsrett er betegnelsen på den enerett (råderett) som skaperen av et litterært, vitenskapelig eller kunstnerisk verk får til å forføye over verket ved å fremstille eksemplarer av det, og ved å gjøre det tilgjengelig for allmennheten, jf lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v, åndsverkloven.

²⁶ Ophavsrettsdirektivet art 2-4

²⁷ Begrepet ”etableringshindring” betegner forhold som gjør det vanskelig eller umulig for et foretak å etablere seg på et relevant marked. Hindringen kan være av faktisk, rettslig eller økonomisk art.

²⁸ Hagland(2007)s.24

²⁹ Jf TEU artikkel 4

³⁰ Rognstad(2009)s.109

³¹ Se Kogtvedgaard(2005),s.235 og Korah(2007),s.336

Åndsverkloven § 2 første ledd jf § 1 gir den som skaper et verk en tidsbegrenset enerett til å råde over verket innenfor de grenser som er fastsatt i loven. Eneretten er knyttet til beflyelsene over verket, og gir opphavsmannen rett til utnytte verket selv, samt å nekte andre å utnytte det. En enerett medfører en eksklusivitet i forhold til det beskyttede godet. Eneretten omfatter videre kun det beskyttede godets konkrete uttrykk, og ikke dets underliggende idé.³²

Gjennom den beskyttelse opphavsretten gir, får opphavsmannen både ideelle og økonomiske rettigheter til verket. De ideelle rettighetene kan betraktes som personlighetsretter,³³ og gjelder blant annet retten til navngivelse og vern mot krenkelse av verket.³⁴

Det opphavsrettslige belønningshensynet står sentralt i begrunnelsen for opprettelsen av de opphavsrettslige enerettsdisposisjonene. Dette knytter seg til opphavsmannens økonomiske rettigheter i verket, og således til opphavsmannens krav på kompensasjon. Ved utnyttelsen av sitt verk skal opphavsmannen sikres et vederlag for sin skapende innsats. Kravet til kompensasjon innebærer at opphavsmannen skal ha lønn for sitt arbeid, han skal kunne ”høste fruktene fra sin skapende innsats”.³⁵ Dette bygger på en naturrettslig tankegang om at nyttig arbeid skal ha sin lønn, og tanken er at det er arbeidet som sådan som skal belønnes.³⁶

Kompensasjonsmulighetene skaper incentiver til fortsatt kulturell produksjon og distribusjon. Det er dette som er opphavsrettens og belønningshensynets såkalte incentivfunksjon, og til grunn for dette ligger opphavsrettighetenes karakter av å være ”kollektive goder”. Kollektive goder er en betegnelse på goder som kjennetegnes ved at de er ikke-rivaliserende og ikke-ekskluderende – det vil si at godet ikke blir brukt opp og at man ikke kan stenge noen ute fra å bruke godet.

³² TRIPS artikkel 9 nr.2

³³ Rognstad(2009),s.31

³⁴ Se åndsverkloven § 3

³⁵ Knoph,s.32

³⁶ Stenvik,s.657

Opphavsrettslig beskyttede verk er abstrakte goder, og kan sammenlignes med kunnskap.³⁷ Kunnskap har preg av å være et kollektivt gode da den kan spres på et uendelig antall produsenter uten at den blir ”brukt opp”.³⁸ Én persons forbruk utelukker ikke en annens forbruk, og det legges her til rette for en ikke-rivaliserende bruk.³⁹ En eller flere personer kan for eksempel lese en bok uten at det på noen måte begrenser andres muligheter til å lese den samme boken. I et økonomisk perspektiv vil det sentrale være at når kollektive goder første er produsert, kan de benyttes uten av dette medfører ekstra kostnader.⁴⁰

Omsetningen av kollektive goder gir dermed opphav til det som i teorien har blitt kalt ”free- ride”- problemet. Siden de kollektive godene kan forbrukes uten tilbakeføringer som er ment å bidra til framskaffelsen og produksjon av godet, ønsker ikke brukerne å bidra med å dekke kostnader ved framstilling eller videreutvikling av godet, i håp om at noen andre vil gjøre det.⁴¹ Opphavsmannen vil dermed kunne bære en stor risiko forbundet med kostnadsdekningen ved åndsproduksjonen.⁴² Omfanget av selve produksjonen vil således kunne svekkes, og i enkelte tilfeller vil ikke opphavsmennene ha mulighet til å bidra til åndsproduksjonen i det hele tatt. I et samfunnsøkonomisk perspektiv vil dette være et uheldig resultat.

Opprettelsen av opphavsrettslige enerettsposisjoner må dermed ses i sammenheng med at markedet selv ikke vil være i stand til å utnytte fordelene ved den kunstneriske og teknologiske utviklingen. Enerettsposisjonene setter opphavsmannen i stand til å oppnå et vederlag av en viss størrelse. Belønningshensynets incentivfunksjon ligger derfor som fundament for at selve åndsproduksjonen og de tilhørende kommersielle investeringene kan fremmes gjennom de økonomiske incentivene som enerettsbeskyttelsen skaper.⁴³

³⁷ Welo, s.15

³⁸ Kolstad(1998),s.432

³⁹ Stenvik,s.662

⁴⁰ Kolstad(1998),s.432

⁴¹ Stenvik,s.663. Riis, s. 50.

⁴² Welo,s.16

⁴³ i.c

2.3 De konkurranserettslige utgangspunkter

På konkurranserettens område står særlig hensynet til effektiv konkurranse sentralt. En effektiv bruk av samfunnets ressurser er målet for konkurransepolitikken, mens konkurranse er virkemiddelet.⁴⁴

Effektivitetsbegrepet har to komponenter; statisk og en dynamisk effektivitet. Statisk effektivitet innebærer at ressursene til enhver tid utnyttes optimalt, ved at disse allokeres dit de gjør størst mulig nytte for seg. Dynamisk effektivitet innebærer at det frembringes samfunnsøkonomisk ønskelige endringer eller innovasjoner i form av nye produksjonsprosesser og produkter og at ressursene utnyttes effektivt i denne prosessen.⁴⁵ Behovet for at effektivitetsvurderingen tar hensyn til både konkurranse på kort sikt og på lang sikt, kan illustreres ved å se på produksjonen av ny kunnskap. Produksjon av ny kunnskap er en nødvendig forutsetning for at samfunnsmessige fremskritt skal oppstå. Legges en statisk effektiv løsning til grunn tilsier den at kunnskap og forskning spres til flest mulig. Imidlertid medfører dette at ny kunnskap ikke lenger representerer et konkurransefortrinn, samtidig som at muligheten for avkastningen for de foretakene som har investert i kunnskapen minimaliseres.⁴⁶ Incentivene til å investere i innovasjon og nytenking vil under slike forhold forsvinne, og det dynamiske elementet i konkurransen elimineres. Konkurransen kan dermed ikke lenger beskrives som effektiv.

Det er sikker rett at prinsippet om effektiv konkurranse skal ivaretas gjennom konkurransebegrensningsreglene.⁴⁷ Gjennom effektiv konkurranse ønsker EU-retten å oppnå en maksimering av konsumentenes velferd ved effektiv bruk av samfunnets ressurser.⁴⁸ Reglene skal sikre at det ikke finner sted noen samfunnsskadelig adferd i

⁴⁴ Sæveraas(2009),s.25

⁴⁵ Ibid.s.33. Nærmere om statisk og dynamisk effektivitet se Kolstad(2007)kapittel 5 og 6

⁴⁶ Hagland(2007)s.29

⁴⁷ Se Sak 6/72, *Europeemballage Corporation og Continental Can Company Inc. mot Kommisjonen*, Sml. 1973 s. 215 (heretter *Continental Can*),premiss 26

⁴⁸ Hagland(2007)s.29

form av å begrense konkurransen. TEU artikkel 102 forbyr ”virksomheders misbrug”⁴⁹ av dominerende stilling” på markedet. Bestemmelsen skal sikre EU- traktatens målsetning om effektiv konkurranse.

Å ha en dominerende stilling er ikke forbudt i seg selv, men en slik markedsrett kan sette foretaket i stand til å konkurrere på annet enn prestasjon, det vil si på annet enn billigere og bedre produkter, noe det ikke ville vært i stand til ved normal konkurranse.⁵⁰ På grunn av denne muligheten til å begrense konkurransen har EU-domstolen kommet til at dominerende foretak har en særlig forpliktelse til å ikke skade konkurransen ved ensidige handlinger. TEU artikkel 102 kan ses på som en regulering av denne særlige forpliktelsen.⁵¹

2.4 ”Konflikten” mellom opphavs- og konkurranseretten

Som nevnt fremstår konkurranserettens grunnprinsipp om fri adgang til markedet og opphavsrettens lovbestemte enerettigheter i utgangspunktet som motsetningsfylte.⁵² Spørsmålet er om denne motsetningen mellom de beskyttede enerettsposisjonene og prinsippet om fri markedsadgang betyr at rettsområdene er i direkte konflikt med hverandre, eller om de to regelsettene kan beskrives som ”forskjellige veier til samme mål”. Målet vil være en effektiv bruk av samfunnets ressurser gjennom utvikling av ny kunnskap og innovasjoner på markedet,⁵³ altså et mål om dynamisk effektivitet.

Først stilles spørsmålet om det foreligger en konflikt på regelnivå mellom de to rettsfærene.

⁴⁹ Konkurranseloven § 11 og EØS- avtalens art 54 bruker begrepet ”utilbørlig utnyttelse”. Forskjellen i begrepsbruken er ikke ment å utgjøre noen realitetsforskjell.

⁵⁰ Sak 85/79, *Hoffmann La- Roche*, Sml 1979 s 461, premiss 91

⁵¹ Rognstad(1999)s.109

⁵² Kottvedtgaard(2005)s.235

⁵³ Welo, s.14

En enerett medfører kun eksklusivitet – eller en konkurransefri posisjon – i forhold til det beskyttede godet,⁵⁴ ikke i forhold til markedet i seg selv. Når eksklusiviteten også kun gjelder det konkrete uttrykk⁵⁵ vil andre substituerbare produkter⁵⁶ kunne konkurrere i det relevante markedet.⁵⁷ Under slike omstendigheter foreligger det ingen motstrid med konkurransereglene, og følgelig foreligger heller ingen regelkonflikt.

Men i visse tilfeller vil et opphavsrettslige beskyttet gode medføre at rettighetshaver vil kunne ha en dominerende stilling på et marked. Opphavsretten begrenser ikke selv adgangen til markedsuavhengig adferd, og så lenge utøvelsen av en enerett er innefor de beføyelsene rettighetshaver har under eneretten, handler han i overensstemmelse med sin lovgitte rett.⁵⁸ Enerettsutøvelsen vil da både være tillatt etter opphavsrettlovgivningen, men i strid med forbudet mot misbruk av dominerende stilling i TEU artikkel 102. Denne motstriden er ikke regulert EU- traktaten, da TEU artikkel 345 slår fast at eiendomsretten ikke skal berøres av traktaten, og det er sikker rett at opphavsrettlovgivningen omfattes av eiendomsbegrepet. EU- traktatens forrangsprinsipp kommer dermed ikke til anvendelse for konkurransereglene ved spørsmål knyttet til nasjonale, opphavsrettslige regler.

EU- domstolen har imidlertid på sin side slått fast at i slike motstridstilfeller kan TEU artikkel 102 gå foran nasjonal opphavsrettslovgivning, og på denne måten gripe inn i enerettsutøvelsen.^{59 60} Spørsmålet om når konkurransereglene eventuelt kan gripe inn ovenfor enerettsbeføyelser gitt ved nasjonal lovgivning, må derfor løses gjennom en avveining av de sentrale hensyn som ligger bak de to rettsfærene.

⁵⁴ Se pkt.2.2

⁵⁵ Riis(1996),s.160

⁵⁶ Substituerbare produkter er produkter som i forbrukernes øyne kan erstatte hverandre fordi de har sammenfallende egenskaper og anvendelsesområde. De ligger innenfor en priskategori hvor forskjellen i pris ikke er større enn 5-10%. Disse produktene blir ansett å være i konkurranse med hverandre, de befinner seg innenfor samme produktmarked, jf Kommisjonens markedsmeddelelse.

⁵⁷ Hagland(2007)s.25

⁵⁸ Hagland(2007).s.26

⁵⁹ Se bl.a *Volvo mot Veng* og *IMS Health*

⁶⁰ Se nærmere under pkt.4.3

På opphavsrettens område består markedet av beskyttede enerettsposisjoner. Der det er markedsadgangen og konkurransen i seg selv som skaper innovasjonsincentiver hos produsentene, ligger dermed forholdene ikke til rette for å oppnå dynamisk effektivitet gjennom en markeds mekanisme. Imidlertid er det på opphavsrettens område enerettsposisjonene som i seg selv skaper økonomiske incentiver til kulturell innovasjon.⁶¹ I forhold til konkurranserettens formål om dynamisk effektivitet kan de opphavsrettslige enerettsposisjonene dermed ses på som en form for markedstilpasning. De eksklusive enerettene kan sies å være utformet for å kunne fungere i et marked med fri konkurranse.⁶²

Incentiv- og innovasjonsfunksjon i det opphavsrettslige belønningshensynets trekker dermed i samme retning som konkurransereglens målsetning om effektiv konkurranse.

I Kommisjonens retningslinjer for teknologioverføringsavtaler⁶³ beskriver Kommisjonen denne felles funksjonen som dynamisk konkurranse:

*”Intellectual property rights promote dynamic competition by encouraging undertakings to invest in developing new or improved products and processes. So does competition by putting pressure on undertakings to innovate. Therefore, both intellectual property rights and competition are necessary to promote innovation and ensure a competitive exploitation thereof.”*⁶⁴

Kommisjonen legger altså til grunn at det ikke er noen fundamental konflikt mellom opphavsrettslige rettigheter og konkurranseretten. Tvert imot deler de et felles mål om å fremme den dynamiske konkurransen.

⁶¹ Jf.pkt.2.2

⁶² i.c.

⁶³ Kommisjonens retningslinjer for teknologioverføringsavtaler,para 7

⁶⁴ Kommisjonens retningslinjer for teknologioverføringsavtaler,para 7

2.5 Avveiningen mellom statisk og dynamisk effektivitet

De opphavsrettslige enerettsposisjonene kan resultere i tilnærmede monopolsituasjoner, som kan sette markedsmekanismen ut av spill. I et statisk perspektiv vil dette føre til en dårligere utnyttelse av ressursene enn ved normal fri konkurranse, hvor markedsadgangen ikke er regulert.⁶⁵ Ved vurderingen av forholdet mellom opphavsretten og konkurranseretten må det dermed foretas en avveining mellom hensynene til statisk og dynamisk effektivitet.

En avveining mellom den statiske og dynamisk konkurransen ble foretatt av Generaladvokat Jacobs i *Oscar Bronner*-saken⁶⁶:

*”Normalt er det paa laengre sigt konkurrencefremmende og i forbrugernes interesse, at det tillades en virksomhed at bestemme, at indretninger, som den har udviklet med henblik paa sine forretninger, udelukkende skal anvendes til virksomhedens eget brug. Hvis man f.eks. gav for let adgang til en produktions-, indkøbs- eller distributionsfacilitet, saa ville en konkurrent ikke blive tilskyndet til at udvikle konkurrerende faciliteter. Man ville saaledes ganske vist fremme konkurrencen paa kort sigt, men den ville blive begraenset paa lang sigt. Desuden ville en dominerende virksomheds incitament til at investere i effektive faciliteter blive mindsket, hvis virksomhedens konkurrenter paa anmodning herom ville have mulighed for at faa del i gevinsten.”*⁶⁷

Avveiningen mellom statisk og dynamisk effektivitet bygger altså på at et forbud mot handlinger som svekker den statiske effektiviteten på kort sikt, kan hindre dominerende

⁶⁵ Welo, s.19

⁶⁶ Spørsmålet i *Oscar Bronner* var om en utgiver av en østerriks avis skulle gis tilgang til sin betydelig større konkurrents nasjonale distribusjonssystem for levering til abonnentene. EU-domstolen fant at en tilgang ikke var absolutt nødvendig, og nektelsen kunne dermed ikke være misbruk. Selv om det bare fantes ett landsdekkende distribusjonssystem for levering til abonnenter, fantes det andre mulige former for distribusjon, om enn mindre effektive.

⁶⁷ *Oscar Bronner*, premiss 57

foretaks incentiver til å foreta investeringer som kan fremme dynamisk effektivitet på lengre sikt. Siden de opphavsrettslige verkene kan karakteriseres som kollektive goder,⁶⁸

er de rettslige enerettsposisjoner en betingelse for incentiver til innovasjon på markedet for opphavsrettighetene. I et kortsiktig perspektiv vil dette kunne gå på bekostning av den statiske konkurransen. På lengre sikt vil enerettsposisjonene kunne gi den beste ressursbruken, og avveiningen vil dermed kunne falle ned på at den dynamiske effektivitetsgevinsten på lang sikt vil kunne oppveie det statiske effektivitetstapet.⁶⁹

Lovgiver har lagt avveiningen mellom statisk og dynamisk effektivitet til grunn ved opprettelsen av enerettsposisjonene, men de konkurranserettslige virkningene enerettsposisjonene kan ha, vil avhenge av utøvelsen av rettighetene.⁷⁰ En balanse mellom statisk og dynamisk effektivitet forutsetter at det opphavsrettslige beskyttelsesnivået reelt sett ikke strekker seg utover hva som er nødvendig for å skape incentiver hos opphavsmennene. En konflikt mellom en beskyttet enerett og konkurransereglene vil dermed kun foreligge der eneretten gir rettighetshaveren videre beskyttelse, med andre ord medfører et større effektivitetstap ved utnyttelsen av en innovasjon enn det som følger av konkurranselovens effektivitetskriterium.⁷¹

Opphavsrettighetene må dermed utøves i tråd med et beskyttelsesnivå som realiserer dynamiske effektivitetsgevinster som er tilstrekkelige til å oppveie det statiske effektivitetstapet.

En utnyttelse av en opphavsrettslig enerett som forhindrer at effektivitetspotensialet i en beskyttet rettighet ikke blir tatt i bruk, vil også uansett kunne sies å ligge utenfor begrunnelsen for den opphavsrettslige beskyttelse.⁷² Rettighetshaver har gjennom eneretten frihet til å velge hvordan han vil realisere sin oppfinnelse for å oppnå størst mulig økonomisk vinning. Det vil imidlertid kunne sies å ligge utenfor de hensyn som

⁶⁸ Jf pkt.2.1

⁶⁹ Welo,s.20

⁷⁰ Welo,s.20

⁷¹ Kolstad(1998),s.434

⁷² Kolstad(2007),s.578

begrunner de beskyttede enerettsposisjonene hvis utnyttelsen medfører en adferd som fører til ikke- bruk av en produsert kunnskap. De opphavsrettslige reglene skal oppmuntre til en bruk som ivaretar rettighetshavers interesser, samtidig som de skal bidra til at det investeres i virksomhet som fører til nye innovasjoner, jf her belønningshensynets incentivfunksjon.⁷³ Adferd som ikke kan begrunnes i de hensyn som ligger bak en opphavsrettslig enerett, bør derfor kunne ”sensureres” av konkurransereglene, selv om adferden ikke isolert sett er i strid med de opphavsrettslige reglene.⁷⁴

3 Den rettslige rammen – leveringsnektelse

3.1 Innledning

Siden EU- domstolen synes å ha bygget på vilkårene for leveringsnektelser også i saker som omhandler opphavsrettslig lisensnektelse, vil jeg i det følgende komme med en oversikt over leveringsnektelser. Det nærmere innholdet i vilkårene for at leveringsnektelser skal innebære et misbruk vil jeg redegjøre for under behandlingen av lisensnektelser. Der vil jeg også ta hensyn til at det er et opphavsrettslig beskyttet gode nektelsen gjelder.

3.2 Leveringsnektelser – en presentasjon

3.2.1 Innledning

Enhver handling foretatt av et dominerende foretak - som begrenser konkurransen - kan anses som misbruk etter TEU artikkel 102. Gjennom EU- domstolens praksis er det slått fast at et foretaks nektelse av å levere varer eller tjenester vil være et misbruk i de tilfeller leveringsnektelsen kan skade konkurransen og føre til ulempe for forbrukerne. Det er på denne bakgrunn utviklet en ”lære” om når en slik nektelse vil innebære et misbruk.

⁷³ Jf.pkt.2.1

⁷⁴ Kolstad(2007),s.578

3.2.2 Utgangspunktet og vilkårene for leveringsnektelse

Felles for de sakene hvor spørsmålet om en leveringsnektelse innebærer et misbruk av dominerende stilling, er at de vedrører to selvstendige, men relaterte markeder; nemlig ett primærmarked og ett sekundærmarked. Primærmarkedet kjennetegnes ved at det omfatter det godet som er gjenstand for nektelsen, mens sekundærmarkedet omfatter det sluttprodukt som kjennetegnes av at produktet i primærmarkedet er en nødvendig innsatsfaktor for at det aktuelle produkt skal kunne produseres for sekundærmarkedet. Sekundærmarkedet er dermed betegnelsen på ethvert relatert marked til det primære.⁷⁵

Et annet fellestrekk i domstolspraksis er foretakets vertikale integrasjon i markedene. Det vil si at foretaket har en dominerende stilling i primærmarkedet og er samtidig tilstede i sekundærmarkedet.⁷⁶ Under slike omstendigheter kan det dominerende foretaket utnytte sin stilling i primærmarkedet ved å utestenge allerede eksisterende konkurrenter i sekundærmarkedet, eller hindre potensielle konkurrenter å etablere seg der. Konkurrentene drives dermed ut av markedet på andre måter enn prestasjon, og adferden betegnes derfor som markedsekskluderende misbruk.⁷⁷ Med utgangspunkt i praksis fra EU- domstolen er det så utviklet en ”lære” for hvordan dette konkurransebegrensningsspørsmålet skal vurderes og håndteres.

Commercial Solvents er den første saken der EU- domstolen kom til at en leveringsnektelse var i strid med TEU artikkel 102. *Commercial Solvents* hadde en dominerende stilling på markedet for framstillingen av aminotubanol, et råmateriale som ble brukt til framstilling av ethambutol (tuberkulosemedisin). Saken gjaldt *Commercial Solvents* nektelse av å fortsette å levere aminotubanol til en eksisterende kunde, da de selv bestemte seg for å framstille ethambutol. EU-domstolen kom fram til

⁷⁵ Hagland(2007),s.35

⁷⁶Se blant annet sakene Forente saker 6 og 7/73, Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A og *Commercial Solvents Corporation* mot Kommisjonen, Sml. 1974 s.233 (heretter *Commercial Solvents*), Sak 311/84, CBEM Télémaking mot CLT og IPB, Sml.1985 s. 3261(heretter *Télémaking*), *Volvo mot Veng* og *Oscar Bronner*

⁷⁷Hagland(2007),s.36

at leveringsnektelsen av råmaterialet var et misbruk til tross for at de Commercial Solvents selv ønsket å produsere ethambutol.

Avgjørelsen er senere ansett som et klassisk eksempel på ulovlig leveringsnektelse, og i de fleste senere saker vedrørende leveringsnektelser har EU- domstolen eksplisitt henvist til *Commercial Solvents* i vurderingen av hvorvidt en nektelse utgjør en ulovlig konkurransebegrensning.⁷⁸

I sakene om leveringsnektelser har nektelsens gjenstand vært av forskjellig karakter; nektelsen har vedrørt varer og tjenester, og også såkalte nødvendige fasiliteter. Felles for disse avgjørelsene er at EU- domstolen har lagt vekt på bestemte vurderinger i spørsmålet om det foreligger en konkurransebegrensning. Hvilke vurderinger det er tale om ble oppsummert av EU- domstolen i *Oscar Bronner*-saken:

*”nægtelsen af at levere den tjenesteydelse, udbringningen udgør, medfører, at enhver konkurrence på dagbladsmarkedet fra den virksomheds side, som efterspørger tjenesteydelsen, udelukkes og ikke kan begrundes ud fra objektive forhold, men også, at tjenesteydelsen i sig selv er absolut nødvendig for udøvelsen af den pågældendes virksomhed i den forstand, at der ikke findes noget reelt eller potentielt alternativ til den pågældende udbringningsordning.”*⁷⁹

EU- domstolen legger følgende tre vilkår til grunn i spørsmålet om det foreligger en konkurransebegrensning. To av vurderingene gjelder særskilt for leveringsnektelser, mens den tredje gjelder for alle TEU artikkel 102- saker. Det forretningsnektelsen gjelder, må være absolutt nødvendig for å kunne konkurrere i sekundærmarkedet (nødvendighetsvilkåret), i den forstand at det ikke finnes reelt eller potensielt alternativ. Videre må leveringsnektelsen kunne eliminere eller redusere konkurransen i sekundærmarkedet (en virkningsvurdering). Den tredje vurderingen vil være om det foreligger noen objektivt rettferdiggjørende forhold. En undersøkelse av om det

⁷⁸Se bl.a *Télémarketing* og *Oscar Bronner*

⁷⁹ *Oscar Bronner*, premiss 41

foreligger objektiv rettferdiggjørende handlinger må foretas i alle TEU artikkel 102 – drøftelser, og er på den måten ikke spesiell for leveringsnektelsessituasjonene. Men som vi skal se vil gjenstanden for misbruksvurderingen likevel kunne medføre at hva som må anses som objektivt rettferdiggjørende forhold, kan få et eget innhold.

4 Opphavsrettslig lisensnektelse som misbruk

4.1 Innledning

For å kunne utnytte et opphavsrettslig beskyttet gode andre har eierrettigheter til, kreves det lisens. Eneretten sikrer på denne måten at den som investerer i utvikling og innovasjon, selv kan høste fordelene ved at han som rettighetshaver kan nekte andre å gjøre bruk av de samme godene så lenge eneretten varer.⁸⁰

Foretak som innehar en opphavsrettslig enerett har ikke nødvendigvis en dominerende markedsposisjon. Å ha en enerett til et gode utelukker ikke at det på markedet finnes substitutter til dette beskyttede godet sett fra etterspørernes ståsted. At for eksempel en bok er opphavsrettslig beskyttet og dermed vernet mot mangfoldiggjøring uten opphavsmannens samtykke, utelukker ikke at etterspørerne vil vurdere andre bøker som substituerbare med boken. Imidlertid kan en opphavsrett også gi opphav til ett produkt som etterspørere anser som unikt, altså det har ingen nære substitutter, og tilgang til den beskyttede kunnskap kan derfor være nødvendig for å produsere det aktuelle produkt. I slike tilfeller vil opphavsretten kunne gi opphav til en dominerende markedsstilling.

En tilgang til et opphavsrettslig beskyttet gode kan altså være en nødvendig forutsetning for å kunne tilby varer og tjenester på et marked. Utgangspunktet er at dominerende foretak som innehar en slik rettighet, står fritt til å råde over sine eierrettigheter og til å bestemme om rettigheten skal lisensieres, samt hvem man eventuelt skal inngå avtale

⁸⁰ Jf.pkt.2.2

med. Retten til å nekte å gi andre lisen er en sentral side av enerettskonstellasjonen, og det dominerende foretaket er ikke forpliktet til å gi lisens for å skape konkurranse på det aktuelle markedet. Dersom lisenshaver (foretak med dominerende markedsstilling) nekter å inngå avtale med et foretak som er avhengig av lisens for å kunne produsere og tilby en vare eller tjeneste, vil dette imidlertid kunne ha de samme ødeleggende virkningene for konkurransen som der det nektes adgang til et fysisk gode.⁸¹ Det er likevel ikke en parallell til de hensyn som gjør seg gjeldende for henholdsvis leveringsnektelse av fysiske goder og lisensnektelse av opphavsrettslige rettigheter. I motsetning til konkurranseretten, er det ikke opphavsrettens primære, overordnede målsetting å sikre en samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk.⁸² Ved tolkningen av de opphavsrettslige regler vil dermed andre hensyn kunne bli utslagsgivende, og da også ledende for fastleggelsen av enerettens omfang. Dette kan i sin tur medføre at en adferd blir akseptert i tråd med opphavsretten, men som er i strid med konkurranseretten.

På grunn av forskjellene i hensynene bak leverings- og lisensnektelser har det gjennom EU- domstolens praksis blitt utviklet ulike vilkår for når henholdsvis en leveringsnektelse og en lisensnektelse vil kunne representere et misbruk. En lisensnektelse vil bare under *særlige omstendigheter* innebære et misbruk av dominerende stilling i strid med konkurransereglene.⁸³ I rettspraksis er det utviklet fire vilkår som må være oppfylt for at slike særlige omstendigheter skal anses å foreligge; det nektelsen gjelder må være absolutt nødvendig for å kunne utøve den aktuelle virksomhet, i den forstand at det ikke finnes noe reelt eller potensielt alternativ, nektelsen skaper risiko for at enhver effektiv konkurranse på et avledet marked utelukkes, nektelsen hindrer fremveksten av et *potensielt etterspurt, nytt produkt* og det foreligger ingen objektivt rettferdiggjørende omstendigheter.

Med unntak av vilkåret om at nektelsen må hindre et potensielt etterspurt, nytt produkt, synes EU- domstolen å bygge på de samme vilkårene som for leveringsnektelser. Lisensnektelser kan sees på som en spesiell form for leveringsnektelser der terskelen er

⁸¹ Kolstad(2007),s.553

⁸² Jf.pkt.2.2

⁸³ Magill,premiss 50

høyere fordi det - i tillegg til de ”alminnelige” vilkår - kreves at nektelsen hindrer et potensielt etterspurt, nytt produkt å komme på markedet.

Jeg vil i det følgende først redegjøre nærmere om forskjellen mellom leverings- og lisensnektelser. Dette fordi EU- domstolen har valgt å formulere vilkårene annerledes. Jeg vil så redegjøre for de vilkårene som i utgangspunktet er like med vilkårene for leveringsnektelser, men siden gjenstanden nektelsen gjelder er opphavsrettslig beskyttet, vil det som nevnt likevel kunne gjøre seg gjeldende enkelte forskjeller. ”Nytt produkt”- vilkåret vil jeg komme nærmere tilbake til i pkt 5.

4.2 Nærmere om forskjellen mellom leveringsnektelser og lisensnektelser

I *Bronner* uttaler EU- domstolen at

*” det antages, at (...) afgjørelsen (i Magill), vedrørende udøvelsen af en intellektuell ejendomsret kan anvendes på udøvelsen af en vilken som helst ejendomsret”*⁸⁴

Domstolen understreker dermed at lisensnektelser er en type (undergruppe av) leveringsnektelser. Imidlertid presiserer EU- domstolen uttrykkelig at en immaterialrettslig lisensnektelse kun under *særlige omstendigheter* vil kunne krenke TEU 102.⁸⁵ Med dette understrekes det at det er et skille mellom opphavsrettslige lisensnektelser og øvrige leveringsnektelser, og spørsmålet blir da hva det er som er forskjellen.

Den grunnleggende forskjell er at det ved opphavsrettslig lisensnektelse og leveringsnektelse er snakk om nektelse av forskjellig typer goder. Fysiske goder er gjenstand for alminnelig eiendomsrett, og betegnes gjerne som private. Det foreligger en viss type eksklusivitet i bruken av dem. Det vil si at en persons bruk i utgangspunktet begrenser en annens. En opphavsrettslig beskyttet frembringelse har som nevnt, mer karakter av å være et kollektivt gode og kjennetegnes ved at den er ikke-rivaliserende og ikke-ekskluderende – det vil si at godet ikke blir brukt opp og at man ikke kan stenge

⁸⁴ *Oscar Bronner*,premiss 41

⁸⁵ *Magill*,premiss 39

noen ute fra å bruke godet.⁸⁶ I et økonomisk perspektiv er det sentrale at når godet da først er produsert, kan det benyttes uten av dette medfører ekstra kostnader. I disse tilfellene gjenstår da ingen incentiver til å frembringe slike goder, med unntak av de tilfeller der egennyttene er større enn frembringelseskostnadene.⁸⁷

Ved fastsettelsen av vilkårene for, og omfanget og varigheten av eneretten, er det ønskelig at incentivene til videre kulturproduksjon ivaretas ved at opphavsmannen sikres eksklusivitet med hensyn til å utnytte godet, og ved at tredjemenn henvises til å skape egne goder. Samtidig er det ønskelig at flest mulig har tilgang til å utnytte det kollektive godet, idet kunnskapen kan fremme konkurranse og derigjennom skape samfunnsmessige effektivitetsgevinster. Det foreligger altså en konkret avveining mellom hensyn til å fremme kreativitet og utvikling (incentivfunksjonen), og hensynet til konkurransen.⁸⁸ Opphavsrettens grunnsetning om at det er det beskyttede godets konkrete uttrykk og ikke dets idé som er beskyttet, gjenspeiler denne avveiningen. Det samme gjør enerettens saklige og tidsmessige avgrensning.⁸⁹

Det er antatt at også den alminnelige eiendomsretten fremmer konkurransen på sikt, imidlertid er det ikke foretatt en tilsvarende balansering mellom hensynet til konkurransen og eiendomsretten selv.⁹⁰ Det foreligger dermed her et skille mellom opphavsretten og den alminnelige eiendomsrett: I de opphavsrettslige enerettsposisjonene ligger det en ex ante regulering av konkurransen. Utøvelse av en enerett presumeres derfor å være i overensstemmelse med konkurransen; den fremmer konkurransen på sikt.⁹¹ En etterfølgende regulering av konkurransen gjennom lisenspålegg, vil derfor kunne skade de incentivene som både opphavsrettens belønningssynspunkt og konkurransenrettens målsetning om dynamisk effektivitet søker

⁸⁶ Jf her pkt.2.2

⁸⁷ Hagland(2007),s.42

⁸⁸ Ibid.s.43

⁸⁹ i.c

⁹⁰ Ibid.s.44

⁹¹ Jf også pkt.2.2

å ivareta.⁹² Det er dermed kun i særlige tilfeller at en lisensnektelse vil kunne være konkurransebegrensende, noe også EU- domstolen har lagt til grunn når de uttaler at en enerettsutøvelse ikke i seg selv kan utgjøre noe misbruk, men at det må foreligge *særlige omstendigheter*.⁹³

Ved vurderingen av en leveringsnektelse konkurransebegrensende effekt, er det effektivitetshensynets statiske side som har stått sentralt. Dette fremgår av de vurderingsnormene som er utviklet av EU- domstolen, som da ikke omfatter en dynamisk konkurranseanalyse.⁹⁴ Imidlertid viser gjennomgangen ovenfor at ivaretagelse av den dynamiske konkurranse kommer på spissen når det skal vurderes om en opphavsrettslig lisensnektelse er konkurransebegrensende.⁹⁵

4.3 Særlige omstendigheter må foreligge

Utgangspunktet for lisensnektelser av immaterielle rettigheter ble formulert av EU- domstolen i saken *Volvo mot Veng*⁹⁶ der det ble slått fast at lisensnektelse ikke i seg selv kan utgjøre et misbruk av en dominerende stilling:

” Det bemærkes endvidere, at den ret, indehaveren af et beskyttet mønster har til at forhindre, at andre uden hans tilladelse fremstiller, sælger eller indfører produkter, der er omfattet af mønsterretten, udgør enerettens egentlige indhold . Heraf følger dels, at en forpligtelse for indehaveren af et beskyttet mønster til - selv mod betaling af en

⁹² Hagland(2007),s.44

⁹³ Jf *Volvo mot Veng*,premiss 49 - 50

⁹⁴ Hagland(2007),s.44 jf Drex1(2006),para 7a

⁹⁵ Jf.pkt.2.5 ”Opphavsrettighetene må dermed utøves i tråd med et beskyttelsesnivå som realiserer dynamiske effektivitetsgevinster som er tilstrekkelige til å oppveie det statiske effektivitetstapet.”

⁹⁶ Bakgrunnen for denne saken var at en bilprodusent som hadde mønsterrett som ga han en enerett til fremstilling og import av karosserideler til Volvo, nektet å tildele lisens til andre som ønsket å levere karosserideler til reparasjon av bilene. EU-domstolen kom til at denne leveringsnektelsen ikke utgjorde et misbruk etter TEU artikkel 102 fordi retten til å hindre tredjemenn i å produsere, selge eller importerer de beskyttede produktene utgjorde selve kjernen i eneretten. En lisensplikt ville føre til at han ble fratatt sin enerett(se dommens avsnitt 8).

rimelig licensavgift - at give andre licens til levering af produkter, der er omfattet af mønsterretten, ville indebære, at eneretten mistede sit egentlige indhold, dels, at nægtelse af at indrømme en sådan licens ikke i sig selv kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling”
(min uthevelse).⁹⁷

I utgangspunktet respekterer således EU- domstolen opphavsmannens rett til selv bestemme hvem han eller hun vil gi lisens til. Dette er en del av det EU- domstolen betegner enerettens *egentlige innhold* og som forutsetningsvis ikke er gjenstand for konkurranserettslig inngrep.⁹⁸ EU- domstolen har også angitt at konkurranseretten ikke griper inn i enerettens *særlige gjenstand*.⁹⁹ I saken *Coditel*¹⁰⁰ trakk EU-domstolen et skille mellom eneretten *som sådan* på den ene siden og *utøvelsen* av den på den andre. EU- domstolen la her til grunn at en enerett *som sådan*, altså dens eksistens, ikke var i strid med konkurranseretten, mens utøvelsen av den kunne være det.¹⁰¹ EU- domstolen bruker således noe forskjellig terminologi, og oppstiller ingen retningslinjer for hvilke typer adferd som må sies å ligge innenfor enerettens *egentlige innhold* eller *særlige gjenstand*, eller når en enerett *som sådan* ikke er i strid med konkurransereglene. Uttalelsene må ses på som en angivelse av at immaterialrettslige eneretter ikke er i strid med konkurransereglene.¹⁰²

At en lisensnektelse hører inn under enerettens *særlige gjenstand*, og at en nektelse som utgangspunkt ikke strider mot konkurransereglene, ble bekreftet i saken *Magill*,¹⁰³ under henvisning til til uttalelse i saken *Volvo mot Veng*;

⁹⁷ *Volvo mot Veng*, premiss 8

⁹⁸ Kolstad(2007),s.568

⁹⁹ For en mer utførlig framstilling om skillet mellom eksistens og utøvelse, se Ole-Andreas Rognstad *Spredning av verkseksemplarer*, s.399 flg.

¹⁰⁰ Sak C-262/81, *Coditel m.fl mot Ciné- Vog Films m .fl*, Sml. 1982 s.3381 (heretter *Coditel*)

¹⁰¹ *Coditel*,premissene 19 og 20

¹⁰² Jf også pkt.2.4

¹⁰³ Se nærmere om avgjørelsen i pkt.5.1.2

”Eneretten til reproduktion er en af ophavsmandens væsentligste særrettigheder, hvorfor en nægtelse af at give en licens, selv om det er tale om en virksomhed i en dominerende stilling, ikke i sig selv kan udgøre et misbrug heraf.”¹⁰⁴

I *Magill*¹⁰⁵ formulerte EU- domstolen for første gang begrepet *særlige omstendigheter*, og kravet må ses på som et utslag av avveiningen mellom hensynet til å beskytte immaterielle rettigheter og hensynet til konkurransen.¹⁰⁶

I senere rettspraksis¹⁰⁷ er det lagt til grunn at *Magill* stiller krav om at de nevnte fire vilkår må være oppfylt for at lisensnektelser skal rammes. EU- domstolen synes, med unntak av ”nytt produkt”- vilkåret, å bygge på de samme vilkårene som for leveringsnektelser. Jeg vil i det følgende redegjøre for disse vilkårene, før jeg så i punkt 5 ser på ”nytt produkt”- vilkåret.

4.3.1 Nødvendighetsvurderingen

Det nektelsen gjelder må være absolutt nødvendig for å kunne utøve virksomhet i nedstrømsmarked, i den forstand at det ikke finnes noe reelt eller potensielt alternativ. I vurderingen av om en lisens er absolutt nødvendig, forutsettes det at de eventuelt særegne forhold som følger av at nektelsens gjenstand er opphavsrettslig beskyttet, blir tatt i betraktning.¹⁰⁸

I *Oscar Bronner* slo retten fast at nødvendighetskravet innebærer

”(...) at tjenesteydelsen i sig selv er absolut nødvendig for udøvelsen af den pågældendes virksomhed i den forstand, at der ikke findes noget reelt eller potentielt alternativ til den pågældende udbringningsordning.”¹⁰⁹

¹⁰⁴ *Magill*,premiss 49

¹⁰⁵ Se nærmere om avgjørelsen i pkt.5.1.2

¹⁰⁶ Sæveraas(2009)s.409

¹⁰⁷ Se *Oscar Bronner*,premiss 40,*IMS Health* og *Microsoft*

¹⁰⁸ Hagland(2007),s.50

¹⁰⁹ *Oscar Bronner*,premiss 41

Ut fra uttalelsene legges det dermed opp til en to-leddet vurdering; For det første må det vurderes i hvilken grad det finnes alternativer til nektelsens gjenstand, altså alternativer til det opphavsrettslig beskyttede frembringelsen. For det andre må det vurderes om det er mulig for det dominerende foretakets konkurrenter å konkurrere i sekundærmarkedet uten å utnytte den beskyttede frembringelsen som innsatsfaktor.¹¹⁰ Dette innebærer at dersom det finnes alternativer til den opphavsrettslige beskyttede frembringelsen, eller lisensnektelsens gjenstand ikke er nødvendig for å konkurrere, kan ikke lisensnektelsen anses konkurransebegrensende etter TEU artikkel 102.¹¹¹

I vurderingen av om det finnes alternativer til den vernede frembringelsen må det blant annet undersøkes om den vernede frembringelsen er så unik at den verken lar seg substituere eller duplisere.¹¹² Eneretten medfører en rettslig begrensning, som kan hindre at det foreligger alternativ til den vernede frembringelsen. Som ved leveringsnektelser vil det naturlige utgangspunkt for å vurdere hvorvidt det finnes reelle eller potensielle alternativer, være om det finnes substitutter hos andre markedsaktører.¹¹³ Særsilt for lisensnektelser er at hvis det finnes et alternativ hos andre markedsaktører, vil også de - mest sannsynlig - være opphavsrettslig beskyttet. Det vil si at utnyttelsen av alternativet også krever lisens, og i praksis vil det derfor være forskjell i alternativene som foreligger ved alminnelige leveringsnektelser og opphavsrettslige lisensnektelser.

Videre må det vurderes om det kan la seg gjøre å frembringe et alternativ til den vernede frembringelsen. I den sammenheng uttalte EU- domstolen i *Oscar Bronner* at dersom alternativer finnes, må det være forbundet med store ulemper å anvende alternativer for at tilgang til en tjeneste skal anses som absolutt nødvendig. Det er således ingen ulempe i seg selv at alternativene ikke er tilstrekkelig substituerbare

¹¹⁰ Hagland (2007),s.50- 51

¹¹¹ Kommisjonens diskusjonsnotat pkt.9.2.2.3

¹¹² Hagland (2007),s.51

¹¹³ i.c.

innenfor det samme relevante markedet. Det må være en kvalifisert ulempe ut over det at alternativene ikke er substituerbare.¹¹⁴

Det fremgår videre av *Oscar Bronner* at det ikke er tilstrekkelig (for at nødvendighetskravet er oppfylt) at det er umulig eller uforholdsmessig vanskelig for det foretak som krever tilgang, å kopiere den ytelse det kreves tilgang til. Det må også være umulig for andre tilbydere, alene eller i samarbeid med andre, å fremskaffe det aktuelle gode. EU- domstolen la vekt på at det

*”(...) ifølge det oplyste hverken tekniske, retlige eller endog økonomiske forhold, der kan medføre, at det for enhver anden udgiver af dagblade vil være umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig, alene eller i samarbejde med andre udgivere, at opbygge sin egen landsdækkende udbringningsordning og anvende den ved distributionen af sine egne dagblade.”*¹¹⁵

Uttalelsen tyder på at det er først der det ikke er mulig, eventuelt uforholdsmessig vanskelig, for noen av tilbyderne på det aktuelle markedet å etablere egen produksjon av det aktuelle godet at en forretningsnektelse vil innebære et misbruk. I *Oscar Bronner* understreket også domstolen at den økonomiske situasjonen for det foretak som ønsker levering er uten betydning

*”Det må herved understreges, at til støtte for, at opbygningen af en sådan ordning ikke er en realistisk alternativ mulighed, og at det derfor er absolut nødvendigt at blive optaget i den eksisterende ordning, er det **ikke tilstrækkeligt** at anføre, **at en sådan opbygning ikke er økonomisk rentabel** som følge af det beskedne oplag for det eller de dagblade, der skal distribueres”*¹¹⁶ (min uthevelse).

¹¹⁴ Kolstad (2007),s.560

¹¹⁵ *Oscar Bronner*,premiss 44

¹¹⁶ *Oscar Bronner*,premiss 45

I saken *IMS Health*¹¹⁷ (som gjaldt en opphavsrettslig lisensnektelse) knyttet EU-domstolen sin vurdering av nødvendighetskravet til uttalelsene i *Oscar Bronner*, men ga kravet en mer generell utforming. For å avgjøre om nektelsens gjenstand er nødvendig for at et foretak skal kunne utøve en bestemt virksomhet, må det undersøkes

*”(...) om der findes produkter eller tjenesteydelser, der kan udgøre alternative løsninger, selv om disse er mindre fordelagtige, og om der foreligger tekniske, retlige eller økonomiske hindringer, der kan gøre det umuligt, eller i det mindste uforholdsmæssigt vanskelig, for en virksomhed, der påtænker at operere på det nævnte marked, at skabe alternative produkter eller tjenesteydelser, eventuelt i samarbejde med andre virksomheder.”*¹¹⁸

For at det skal foreligge en hindring av økonomisk art, må det

*”... i det mindste godtgøres, at det ikke er økonomisk rentabelt at opbygge en produktion, hvis størrelse svarer til produktionen hos den virksomhed, der kontrollerer det eksisterende produkt eller den eksisterende tjenesteydelse.”*¹¹⁹

Når EU-domstolen sier at nødvendighetskriteriet vil være oppfylt dersom det kan påvises at ”det ikke er økonomisk rentabelt at opbygge en produktion”, kan dette tolkes på to måter; det kan tolkes som at det er tilstrekkelig at det vil påføre en konkurrent et tap, at en ikke vil drive med profitt i etableringsfasen, eller det kan tolkes som et krav om at det ikke må være mulig å oppnå profitt selv om man etablerer seg og oppnår det samme volum som det dominerende foretak.¹²⁰ Er det første alternativet tilstrekkelig, vil listen for når det er absolutt nødvendig å gi lisens ligge lavt. Ethvert foretak som etablerer seg må regne med betydelige etableringskostnader, og et foretak kan ofte ikke regne med å oppnå profitt før de er etablert på markedet. Dette taler for at nødvendighetskriteriet først vil være oppfylt dersom det å ikke få tilgang til

¹¹⁷ Se nærmere om saken i pkt.5.1.3

¹¹⁸ *IMS Health*,premiss 28

¹¹⁹ *i.c*

¹²⁰ Kolstad(2007)s.576

opphavsrettslig beskyttet kunnskap eller informasjon, påfører en konkurrent ulemper ut over normale etableringskostnader.¹²¹

4.3.2 Virkningsvurderingen – kravet til konkurransebegrensning

For at misbruk skal foreligge må leveringsnektelsen kunne eliminere eller redusere konkurransen i et nedstrøms marked, og det sentrale spørsmålet er – her som ellers ved utestengende misbruk – hvilke krav som stilles til bevis for at konkurransen begrenses, og for at forbrukerne lider skade.

I praksis under TEU artikkel 102 synes det å stilles noe forskjellige krav til virkningen på konkurransen alt ettersom nektelsen rettes mot nye kunder eller eksisterende kunder. Terskelen synes høyere når det dreier seg om nye kunder og lavere for stans i levering til eksisterende kunder.

I saker om leveringsnektelse overfor eksisterende kunder har EU- domstolen oppstilt et krav om at konkurrenten utelukkes fra markedet, mens det i forhold til nye kunder er formulert et krav om at leveringsnektelsen utelukker all konkurranse i det nedstrøms markedet.¹²² Det bør her bemerkes at det i saker om leveringsnektelser ovenfor eksisterende kunder synes å ha dreid seg om store kunder som ble utelukket fra markedet. For eksempel var selskapet som ble nektet levering i *Commercial Solvents*, den eneste store konkurrenten på markedet. Hensynet til forbrukernes velferd tilsier at det verken er nødvendig eller tilstrekkelig at konkurransen fra den aktuelle kunden elimineres. Konkurransen kan fungere selv om den ene kunden elimineres, og videre kan konkurransen skades selv om kunden ikke elimineres.¹²³

For opphavsrettslige lisensnektelser er vilkåret formulert som et krav om at nektelsen skaper risiko for at enhver konkurranse i et nedstrøms marked utelukkes. I *IMS Health* ble forståelsen av dette vilkåret drøftet nærmere. Det var i den sammenhengen omtvistet

¹²¹ Kolstad (2007), s.576

¹²² Sæveraas (2009), s.400

¹²³ Ibid.

hvorvidt den aktuelle innsatsfaktoren, en immaterialrettighet, måtte tilhøre et separat oppstrøms marked. EU- domstolen fant det avgjørende at det kan påvises to ulike produksjonstrinn som er forbundet med hverandre ved at det forutgående produktet er et nødvendig elementet ved leveringen av det etterfølgende. Retten presiserte at det er tilstrekkelig å identifisere et potensielt eller hypotetisk marked, og at det ikke er nødvendig å påvise at det faktisk eksisterer et eget oppstrøms marked. Der produkter eller tjenester er nødvendige for å utøve en spesiell virksomhet og hvor det er etterspørsel etter disse produktene eller tjenestene fra foretak som ønsker å utøve slik aktivitet, er kravet oppfylt.¹²⁴

Også i Microsoft var denne problemstillingen et sentralt tema. Microsoft mente at Kommisjonen hadde lagt seg på en for lite restriktiv standard når de krevde *”risk of elimination of competition”*, og at det måtte kreves at den aktuelle handlingen var *”likely to eliminate competition”*. Førsteinstansretten uttalte i den sammenheng at det ikke ligger noen reell forskjell i disse to uttrykkene, og at det er tilstrekkelig når Kommisjonen viser at det er en risiko eller mulighet for at leveringsnektelsen utelukker konkurransen. Videre uttalte de at det ikke er nødvendig at all konkurranse står i fare for å bli utelukket, det er tilstrekkelig at effektiv konkurranse er truet.¹²⁵

4.3.3 Objektiv rettferdiggjørende handling

Ifølge fast praksis fra EU- domstolen kan ikke adferd anses som misbruk under TEU artikkel 102 dersom det foreligger objektive rettferdiggjørende hensyn (*”objective justification”*). Vurderingen av om det finnes objektive rettferdiggjørende forhold er lik for alle TEU artikkel 102-tilfeller, men særlige forhold ved at det er snakk om leveringsnektelser og opphavsrettslig lisensnektelser, kan gjøre seg gjeldende.

”Unntaket” må ses på bakgrunn av at TEU artikkel 102 ikke har noen unntaksbestemmelse likt med artikkel 101, tredje ledd. Hensikten er å skille

¹²⁴ *IMS Health*, premiss 44

¹²⁵ *Microsoft*, premiss 561-563

”konkurrence basert på egen fortjeneste” fra ”misbrug” av dominerende stilling.¹²⁶ Hvis foretaket har en legitim begrunnelse for handlingen, kan det være et rettferdiggjørende moment. I tillegg må adferden være et proporsjonalt virkemiddel for å oppnå det legitime formål. Det er videre bare i de tilfeller der et legitimt hensyn ikke kan ivaretas på andre måter, det vil si på en måte som ikke berører konkurransen negativt, at unntaket kommer til anvendelse.

Det kan være vanskeligere å rettferdiggjøre en leveringsnektelse overfor en eksisterende kunde enn ovenfor en ny, da en plutselig leveringsnektelse ovenfor en eksisterende kunde kan være vanskelig å forklare objektivt.¹²⁷

I *Commercial Solvents* slo EU- domstolen fast at det ikke uten videre er en legitim begrunnelse at et foretak slutter å levere en innsatsfaktor til sine kunder med den begrunnelse at de har bestemt seg for å foreta en vertikal integrasjon og selv produsere sluttproduktet.¹²⁸ Ny kunnskap eller informasjon som gis oppahvsrettslig beskyttelse, åpner for produksjon av nye produkter, og i utgangspunktet er det rettighetshavers rett å utnytte det potensiale som ligger i rettigheten, herunder produksjon av nye produkter som ligger i den beskyttede kunnskapen eller informasjonen. Fratas imidlertid rettighetshaver muligheten til å realisere rettighetens økonomiske potensiale ved å produsere og selge produkter som kan produseres ved den beskyttede informasjon eller kunnskap, vil dette redusere verdien av det beskyttede godet. Dette fordi at da kan andre søke lisens før rettighetshaver selv faktisk har markedsført produktet. Kan rettighetshaver godtgjøre at han vil komme til å produsere det aktuelle produkt selv, vil dette dermed kunne være en objektiv begrunnelse.¹²⁹ For eksempel: Dersom TV-selskapene i Magill hadde valgt å inngå gjensidige lisensavtaler slik at selskapene selv kunne tilby et generelt programblad, ville dette gitt en objektiv grunn for å nekte Magill lisens.

¹²⁶ Wish(2003) kapittel 5 pkt D

¹²⁷ Sæveraas(2009),s.401

¹²⁸ i.c.

¹²⁹ Se Kolstad(2007),s.585

Det kan også stilles spørsmål om det skal tillegges vekt at det er foretatt særlig store investeringer i forbindelse med et opphavsrettslig beskyttet gode. Et foretak som har lyktes i å utvikle et produkt, bør kunne høste fruktene av sine investeringer.¹³⁰ På denne måten bevares investeringsincentivet. I diskusjonsnotatet til TEU artikkel 102 peker Kommisjonen på at det er av betydning hvordan en eventuelt leveringsplikt vil påvirke investeringsincentivene.¹³¹ Dette er imidlertid utelatt i Kommisjonens veiledning. Microsoft påberopte seg også denne typen argumenter, men ble ikke hørt.

5 Særlig om "nytt produkt"- vilkåret

Jeg vil i det følgende først redegjøre for EU- domstolens behandling av vilkåret, og hvordan vilkåret kan tolkes ut fra den foreliggende praksis (pkt.5.1). Jeg vil så redegjøre for Førsteinstansrettens praksis (pkt.5.2), for så å se på forholdet mellom henholdsvis EU- domstolens og Førsteinstansrettens tilnærming til vilkåret (pkt.5.3). Videre vil vilkårets markedsutnyttende effekt undersøkes (pkt.5.4), for så til slutt å se nærmere på forholdet mellom "nytt produkt"- vilkåret og den dynamiske effektivitet (pkt.5.5).

5.1 EU – domstolens anvendelse av "nytt produkt"- vilkåret

5.1.1 Utgangspunktet og begrunnelsen for vilkåret

Når EU- domstolen har slått fast at en lisensnektelsen må hindre utviklingen av et *potensielt etterspurt, nytt produkt* for at rettighetshavers enerettsutøvelse skal anses som misbruk av markedsrett,¹³² er det to faktorer som må undersøkes; hva som skal til for at produktet skal anses som nytt i forhold til det eksisterende produkttilbudet, og hvordan kravet til potensiell etterspørsel etter produktets nye kvaliteter skal forstås.

¹³⁰ Sæveraas(2009),s.401

¹³¹ Kommisjonens diskusjonsnotat avsnitt 9.2.2.5

¹³² *IMS Health*, premiss 38 og 48- 49

”Nytt produkt” – vurderingen vil bero på konkrete overveielser. Det vil derfor være vanskelig å oppstille noen eksakt definisjon for når produktet skal anses som ”nytt”.¹³³ I en teoretisk fremstilling kan det bare redegjøres for generelle trekk ved vurderingen.

I *IMS Health*¹³⁴ redegjorde EU- domstolen for de hensyn som ligger til grunn for at kravet til ”nytt produkt” oppstilles. Vilkåret er begrunnet i

*”(…) afvejningen mellem på den ene side hensynet til beskyttelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder og hensynet til rettighedsindehaverens frie næringsret, og på den anden side hensynet til beskyttelsen af den frie konkurrence, kun kan lægges afgørende vægt på sidstnævnte hensyn i tilfælde, hvor nægtelsen af at meddele licens er til hinder for udviklingen af det afledte marked til skade for forbrugerne”.*¹³⁵

En konkurranserettslig tvangslisens vil dermed kunne begrunnes der det konstateres at en opphavsrett utnyttes på en måte som hindrer dynamisk utvikling av markedet til skade for forbrukerne. Dette er i samsvar med utgangspunktet om at konkurranseretten og opphavsretten deler et felles mål om økt dynamisk konkurranse,¹³⁶ og at adferd, som ikke kan begrunnes i de hensyn som ligger bak en opphavsrettslig enerett, derfor bør kunne ”sensureres” av konkurransereglene.¹³⁷

I utgangspunktet respekteres dermed rettighetshavers mulighet til å regulere utnyttelsen av rettigheten gjennom lisensavtale. EU- domstolen respekterer med andre ord at bruk av et opphavsrettslig beskyttet gode kan føre til redusert konkurranse og redusert statisk effektivitet, uten at dette medfører et misbruk. Misbruk av en dominerende stilling vil etter EU- domstolens praksis foreligge dersom utnyttelsen innebærer et effektivitetstap som er en konsekvens av at den nye kunnskapen ikke blir tatt i bruk.¹³⁸ Produksjonen av kunnskapen bidrar til økt dynamisk effektivitet, og for å faktisk få utnyttet det

¹³³ Eklöf(2005)s.428

¹³⁴ Se nærmere om avgjørelsen i pkt.5.1.3

¹³⁵ *IMS Health*,premiss 48

¹³⁶ Se pkt.2.4

¹³⁷ Se pkt.2.5

¹³⁸ Kolstad(2007),s.577

effektivitetspotensialet som ligger til grunn i et opphavsrettslig beskyttet gode, må kunnskapen faktisk brukes til å produsere nye produkter. Dersom rettighetshaveren stenger for bruken av et opphavsrettslig beskyttet gode, med den konsekvens at nye produkter ikke blir introdusert på markedet, kan dette medføre et tap for forbrukerne ved at nye produkter ikke produseres.¹³⁹ EU- domstolen viser dermed til en avveining mellom den statiske og dynamiske effektiviteten som redegjort for ovenfor, der opphavsrettigheter må utøves i tråd med et beskyttelsesnivå som realiserer dynamiske effektivitetsgevinster tilstrekkelige til å oppveie det statiske effektivitetstapet.

EU-domstolen kan på denne bakgrunn forstås slik at hensynet til dynamisk effektivitet ivaretas ved anvendelsen av TEU art. 102 på opphavsrettslige lisensnektelser.

5.1.2 EU – domstolens anvendelse av "nytt produkt"- vilkåret i *Magill*

Det klare utgangspunkt som ble gitt i saken *Volvo mot Veng*, at en lisensnektelse ikke i seg selv utgjør noen nektelse, ble modifisert ved EU- domstolens dom i *Magill*.

Dommen gjaldt en lisensnektelse knyttet til opphavsrettslig beskyttet informasjon, der spørsmålet var om irske TV- selskaper kunne nekte å utlevere oversikter over kommende tv- programmer til Magill. Programoversiktene var opphavsrettslig beskyttet i Irland og Storbritannia. TV- selskapene utga hvert sitt ukeprogram med sin programoversikt, og samtidig fikk aviser og ukeblader lisens til å offentliggjøre oversiktene for et par dager om gangen. Magill ønsket å utgi en ukeoversikt over programmene til alle tilgjengelige TV- selskaper i området. Lisens ble imidlertid nektet. TV- seere som ønsket en slik oversikt var, dermed henvist til å kjøpe alle programoversiktene fra de ulike TV- kanalene.

Kommisjonens beslutning slo fast at lisensnektelsen var et misbruk av TV- selskapenes dominerende stilling og krevde at de ga Magill lisens. Dette ble videre bekreftet av Førsteinstansretten og av EU- domstolen, der det ble lagt vekt på at det forelå *særlige omstendigheter* og dermed et misbruk.

¹³⁹ i.c

I sin avgjørelse gjennomgikk EU- domstolen kriteriene stilt opp av Førsteinstansretten. I misbruksvurderingen la EU- domstolen vekt på at programoversikten var en absolutt nødvendig innsatsfaktor for å kunne lage en samlet ukentlig programoversikt. Ved å nekte lisens reserve TV- selskapene nedstrømsmarkedet for programoversikter til seg selv og det forelå ingen rettfærdiggjørende omstendigheter. Videre medførte leveringsnektelsen at et nytt produkt, som blant annet forbrukermønsteret i andre land dokumenterte at forbrukerne etterspurte, ikke kom på markedet. EU- domstolen viser her uttrykkelig til EU- traktatens artikkel 102 annet ledd bokstav b om begrensning av produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukeren:

” Appellanternes naegtelse af at stille de paagaeldende oplysninger til raadighed under henvisning til de nationale regler om ophavsret forhindrede saaledes, at der blev skabt et nyt produkt et komplet ugentligt tv-program som appellanterne ikke udboed til salg, og som der var en potentiel efterspoergsel paa fra forbrugernes side, hvilket udgoer et misbrug i henhold til traktatens artikel 86, stk. 2, litra b. ”¹⁴⁰

I lys av de nevnte omstendigheter fant EU- domstolen at Førsteinstansretten ikke hadde feilet i lovanvendelsen, og la til grunn at misbruk forelå.

EU-domstolen konkluderte altså med at en sammenstilling av TV- selskaperes programlister utgjorde et nytt produkt. Dette ble gjort uten at EU-domstolen gjorde noen generelle betraktninger til Kommisjonens vurderinger.¹⁴¹ Førsteinstansretten uttalte i sin avgjørelse at det ikke fantes noen tilstrekkelige substitutt til den informasjonen Magill ønsket å utgi; verken de daglige programoversiktene, eller de individuelle programmene utgitt av TV- stasjonene var tilstrekkelige substitutter. Generelt kan man si at dersom lisensnektelsen forhindrer fremveksten av et nytt produkt, reduserer dette forbrukernes valgmuligheter. Har produktet substitutter frarøves forbrukerne likevel ikke muligheten til å kjøpe produktet som sådan, ettersom det finnes et etablert marked der produktet selges av andre tilbydere. Men dersom det

¹⁴⁰ Magill,premiss 54

¹⁴¹ Magill,premiss 29 og 54

ikke finnes et etablert marked for substitutter til produktet, vil lisensnektelsen hindre fremveksten av et nytt produkt.

I generaladvokatens innstilling til *Magill* er mer generelle betraktninger lagt til grunn for drøftelsen av om ukeprogrammet kunne være et ”nytt produkt”. I vurderingen skilte generaladvokaten mellom produkter som ville være i konkurranse med rettighetshavers eget, og produkter som ikke ville være det. Kun i sistnevnte tilfelle anså generaladvokaten at produktet ville være nytt ” i den betydning som vil være relevant for en anvendelse af artikel 82 (102) ”.¹⁴² Som vist ovenfor kom EU- domstolen til motsatt løsning, og det skilte generaladvokaten bygget sitt standpunkt på kan med andre ord ikke opprettholdes.

Dommen skapte usikkerhet i forhold til hva som skulle anses som *særskilte omstendigheter*. Det var uklart om "nytt produkt"- vilkåret måtte anses som uttømmende i forhold til dette kravet, eller om det også var andre særlige omstendigheter som kunne begrunne en tvangslisens. Det var også usikkert om vilkårene måtte anses som kumulative eller alternative.¹⁴³

I etterkant av avgjørelsen ble dommen kritisert for å åpne for omfattende tvangslisensiering av alle typer immaterielle rettigheter. Kritikken gikk i all hovedsak ut på at dommen gir en altfor vid adgang for konkurranserettslige tvangslisenser på områder hvor innehaver av immaterialrettigheten har foretatt store investeringer og løpt en betydelig risiko. Imidlertid er det en rekke forhold ved *Magill* som gjorde saken spesiell og medfører at avgjørelsen må tolkes snevert; TV- program listene var kun opphavsrettslig vernet i Storbritannia og Irland, mens de resterende medlemslandenes opphavsrettslovgivning ikke ga vern til slike sammenstillinger. Den intellektuelle innsatsen som lå bak sammenstillingen av programlistene, var med andre ord ikke ansett verneverdig i de øvrige medlemslandene.¹⁴⁴ Generelt sett er det få medlemsstater som faktisk gir enerett til informasjon, fordi en slik rett gir en for vid eksklusiv

¹⁴² Generaladvokatens avgjørelse i *Magill*,premiss 118

¹⁴³ Se nærmere om dette i pkt.5.1.3

¹⁴⁴ Hagland(2007), s.69

rettighet.¹⁴⁵ Det kan derfor ikke uten videre legges til grunn at endringer i samme grad vil kunne anses som relevante produktforbedringer i saker hvor det vernede godet er mindre kontroversielt. Derfor bør en være forsiktig med å bruke Magill- eksempelet som en veiledning i forhold til hvor ”nytt” et produkt må være.

5.1.3 EU- domstolens anvendelse av ”nytt produkt”- vilkåret i *IMS Health*

EU- domstolen utdypet de kriterier de oppstilte i *Magill* i sin prejudisielle avgjørelse i *IMS Health*. Saken gjaldt nektelse av å inngå en lisensavtale om utnyttelsen av en opphavsrettslig beskyttet database.

EU- domstolen ble her bedt av den refererende tyske domstol å presisere vilkårene for når en lisensnektelse rammes av TEU artikkel 102. Nektelsen gjaldt et spesielt system for innsamling og bearbeidelse av data om salg av farmasøytiske produkter i Tyskland. Systemet var basert på en inndeling av Tyskland i 1860 geografiske enheter, og utviklet av IMS selv. Da et konkurrerende selskap tilbød innsamling av data om salg av farmasøytiske produkter basert på den samme områdeinndelingen, gjorde IMS gjeldende sin enerett til bruk av 1860- strukturen i henhold til opphavsrettslige regler.

Under henvisning til *Volvo v Veng* og *Magill* uttalte EU- domstolen igjen at en lisensnektelse bare under *særlige omstendigheter* kan innebære misbruk. Retten presiserte at det er tilstrekkelig for å oppfylle kravet at kriteriene i *Magill* er oppfylt.¹⁴⁶ Videre ble det også slått fast at vilkårene for lisensnektelse er kumulative; nektelsen må være til hinder for et nytt produkt som det er potensiell etterspørsel etter, den må være ubegrunnet, og den må utelukke enhver konkurranse på et avledet marked for at misbruk skal foreligge.¹⁴⁷

Heller ikke i *IMS Health* utdyper EU- domstolen nærmere hva den legger i kriteriet ”nytt produkt”. Domstolen forklarer imidlertid at denne betingelsen gir uttrykk for at

¹⁴⁵ Korah(2007), s.177

¹⁴⁶ *IMS Health*,premiss 37

¹⁴⁷ *i.c*

”(...) afvejningen mellem på den ene side hensynet til beskyttelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder og hensynet til rettighedsindehaverens frie næringsret, og på den anden side hensynet til beskyttelsen af den frie konkurrence, kun kan lægges afgørende vægt på sidstnævnte hensyn i tilfælde, hvor nægtelsen af at meddele licens er til hinder for udviklingen af det afledte marked til skade for forbrugerne.”¹⁴⁸

Hensynet til den frie konkurranse veier med andre ord kun tyngre enn beskyttelsen av en immateriell rett i de tilfeller lisensnektelsen er til skade for forbrukerne. Videre uttalte EU-domstolen at det ikke ville være tilstrekkelig for konkurrenter som ønsket lisens at de

”(...)til hensigt at begrænse sig til i det væsentlige at reproducere produkter eller tjenesteydelser, der allerede tilbydes på det afledte marked af indehaveren af den intellektuelle ejendomsrett.”¹⁴⁹

Med dette er det ikke tilstrekkelig at lisens er nødvendig for å produsere produkter som har substitutter på markedet. Videre uttalte også generaladvokaten i sitt forslag til avgjørelse;

”Jeg mener nærmere bestemt, at det kun kan betragtes som misbrug at nægte at meddele licens, hvis den virksomhed, der har anmodet om licens, ikke har til hensigt at begrænse sig til i det væsentlige at reproducere varer eller tjenesteydelser, der allerede tilbydes på det afledte marked af indehaveren af den intellektuelle ejendomsret, men har til hensigt at frembringe varer eller tjenesteydelser med andre karakteristika, som – selv om de måtte konkurrere med de varer eller tjenesteydelser, indehaveren af den intellektuelle ejendomsret tilbyder – modsvarer særlige behov hos forbrugerne, som ikke opfyldes af eksisterende varer og tjenesteydelser.”¹⁵⁰

¹⁴⁸ *IMS Health*, premiss 48

¹⁴⁹ *Ibid.*, premiss 49

¹⁵⁰ Generaladvokatens avgjørelse i *IMS Health*, avsnitt 62

Her oppstiller generaladvokat Tizzano en mer generell norm for ”nytt produkt”-vurderingen. Endringen må med andre ord være av et visst omfang som gjør at produktet ikke i all vesentlighet tilsvarer rettighetshavers produkt (substitusjon, ikke imitasjon), og av en type som er særskilt etterspurt. Det foretaket som ønsker lisens kan altså ikke nøye seg med å produsere samme vare eller tjeneste som det dominerende foretaket, og det er ikke tilstrekkelig at lisens er nødvendig for å produsere substitutter på markedet.

Dette, sammenholdt med *Magill* og *Volvo mot Veng*¹⁵¹ tyder på at det nye produktet må ha en egenskap som innebærer en kvalifisert endring i forhold til det eksisterende produktet, det holder ikke å bare tilby en forbedret versjon.¹⁵²

5.1.4 Kravet til potensiell etterspørsel

Som nevnt kreves det at det er en *potensiell etterspørsel* av det nye produktet som ønskes produsert. Uten dette kravet ville enhver lisensnektelse anses som potensiell begrensning av den generelle produktutviklingen, det vil si som hindring av nye produkter.¹⁵³ Spørsmålet blir hvordan vurderingen av potensiell etterspørsel skal gjøres.

I *Magill*-saken la Førsteinstansrettens til grunn at etterspørerne hadde et behov for å kunne avgjøre hvilke programmer de ville se, og planlegge fritidsaktiviteter den kommende uken i overensstemmelse med TV-programmene.¹⁵⁴ At det var behov for ukesbaserte programopplysninger og at etterspørerne ønsket et produkt som dekket dette behovet, fant Førsteinstansretten godtgjort i den suksess som de spesielle TV-programbladene hadde i Irland og Nord-Irland, og etterspørselen etter programblader som ga en samlet oversikt over TV-programmer i resten av EU. EU-domstolen la Førsteinstansrettens vurdering av om det fantes en potensiell etterspørsel etter ukentlige TV-programblader til grunn.

¹⁵¹ Se note 94

¹⁵² Evensen (2009), s.412

¹⁵³ Eklöf, s.476

¹⁵⁴ *Magill*, premiss 53

Imidlertid ga verken Førsteinstansretten eller EU- domstolen noen nærmere veiledning for hvordan vurderingen av om det finnes potensiell etterspørsel etter et produkt skal foretas dersom det ikke finnes etablerte markeder for det aktuelle produktet i andre EØS- land. Dersom forbrukerne ikke har blitt stilt ovenfor produktet tidligere, må vurderingen nødvendigvis bli hypotetisk.¹⁵⁵

Kravet til potensiell etterspørsel kompliseres ved at det er etterspørselen etter opphavsrettslig beskyttede produkter det er snakk om. Som Max Planck påpeker i sin kommentar til Kommisjonens diskusjonsnotat:

*”(...) copyright law is expected to produce innovative and progressive creations that may be rejected by the market at the beginning, but prove to be most important for the future oriented cultural pluralism and creativity.”*¹⁵⁶

Ved fastsettelsen må det tas høyde for at et slikt særlig dynamisk aspekt kan gjøre seg gjeldende.¹⁵⁷

Det kan anses tilstrekkelig å påvise et behov hos forbrukerne som produktet kan tilfredsstille. Men dette problematiseres ved at produktet i begynnelsen kan bli avvist av et marked, jf uttalelsen ovenfor. Særlig hvis produktet er revolusjonerende kan det være vanskelig å oppstille et slikt behov. Vurderingen av om det finnes potensiell etterspørsel må da eventuelt bero på antagelser av om forbrukerne vil kunne ha glede av produktet.¹⁵⁸

Kravet til potensiell etterspørsel kan også forstås i sammenheng med dominerende foretaks mulighet til å utnytte sin markedsposisjon til skade for forbrukerne. Dette vil jeg komme tilbake til under punkt 5.4.

¹⁵⁵ Kolstad,s.573

¹⁵⁶ Drex1(2006),pkt.8c

¹⁵⁷ Hagland(2007),s.71

¹⁵⁸ Kolstad(2007),s.573

5.1.5 Også et krav at nektelsen hindrer fremveksten av et nytt marked?

Slik ”nytt produkt”- vilkåret er kommet til uttrykk i EU- domstolen kan det stilles spørsmål om det er tilstrekkelig at et dominerende foretak gjennom lisensnektelsen hindrer at et nytt produkt blir produsert, eller om det også kreves at produktet må danne grunnlaget for fremveksten av et nytt marked. Dersom det bare kreves at nektelsen hindrer et nytt produkt, vil et hvilket som helst produkt som er substituerbart med eksisterende produkt, kunne oppfylle ”nytt produkt”-kravet. Kreves det imidlertid også at produktet må danne grunnlaget for fremvekst av et nytt marked (nytt produkt i nytt marked), må det nye produktet skille seg så mye fra eksisterende produkter at produktene ikke er tilstrekkelig substituerbare til å kunne tilhøre samme relevante marked.¹⁵⁹

Førsteinstansretten uttalte som nevnt i sin avgjørelse i *Magill* at det ikke fantes noen tilstrekkelige substitutt til den informasjonen Magill ønsket å utgi; verken de daglige programoversiktene, eller de individuelle programmene utgitt av Tv- stasjonene var tilstrekkelige substitutter. Generelt kan man si at dersom lisensnektelsen hindrer fremveksten av et nytt produkt, så reduserer dette forbrukernes valgmuligheter. Dersom produktet allerede har substitutter, vil ikke forbrukerne frarøves muligheten til å kjøpe produktet som sådan, ettersom det finnes et etablert marked der produktet selges av andre tilbydere.¹⁶⁰ Hvis det derimot ikke finnes et etablert marked for substitutter til produktet, vil lisensnektelsen kunne hindre fremveksten av et nytt marked. I dette tilfellet vil forbrukerne kunne lide et tap dersom dette forhindrer produksjonen av et produkt som forbrukerne etterspør. I det første tilfellet er skadepotensialet for forbrukerne vesentlig mindre.¹⁶¹

Hvis potensielle lisenstagere kan påberope seg at enhver produksjon av nye produkt tilfredsstiller ”nytt produkt”- vilkåret, uten krav til at det også hindrer fremveksten av et nytt marked, vil terskelen for konkurranserettslige tvangslisenser kunne bli lavere enn

¹⁵⁹ Ibid.s.571

¹⁶⁰ i.c.

¹⁶¹ i.c.

hva hensynet til effektiv ressursbruk tilsier,¹⁶² Dersom det bare kreves at lisensnektelsen hindrer et nytt produkt, vil en kunne påberope seg at en hindring av produktdifferensiering kan være et misbruk av dominerende stilling. Det vil da være tilstrekkelig at konkurrerende foretak vil å gi eksisterende produkter en ny utforming slik at det fremstår som ”nytt”. Selv om større produktdifferensiering vil kunne gi forbrukerne en effektivitetsgevinst,¹⁶³ vil en innføring av tvangslisenser i disse tilfellene medføre et inngrep i de opphavsrettslige eneretter som kan redusere den økonomiske verdien ved at de dominerende rettighetshaverne må drive ”åpen” lisenspraksis, noe som skader incentivene til innovasjon.¹⁶⁴ Hvis man derimot velger å bruke tvangslisenser kun i de tilfeller der den dynamiske effektiviteten tilsier at opphavsrettslig beskyttet informasjon og kunnskap bør tas i bruk for å fremme innovasjon og utvikling, vil den konkurranserettslige avveining bare tilsi at man gjør inngrep i de tilfellene der en samfunnsøkonomisk avveining klart tilsier at en bør gripe inn ovenfor en lisensnektelse. Dette er også i overensstemmelse med EU- domstolens begrunnelse for ”nytt produkt”- vilkåret, der en konkurranserettslig tvangslisens kun vil være begrunnet der en opphavsrett utnyttes på en måte som hindrer dynamisk utvikling av markedet til skade for forbrukerne.¹⁶⁵ Begrunnelsen for en konkurranserettslig tvangslisens vil da også langt på vei samsvare med den økonomiske begrunnelsen for immaterielle eneretter.¹⁶⁶

Kravet om at det må være potensiell etterspørsel av det nye produktet som produseres, taler også for denne tolkningen. For at en lisensnektelse skal hindre fremveksten av et nytt marked er det ikke tilstrekkelig at nektelsen hindrer et nytt produkt å bli produsert. Det må også vises at det er potensiell etterspørsel etter det produktet som skal skapes.

Dette taler for at vilkåret om at nektelsen må hindre et nytt produkt, slik det er utviklet i praksis fra EU- domstolen, også stiller krav til at produksjonen av produktet samtidig vil etablere et nytt marked. Med en slik tolkning vil TEU artikkel 102 være et

¹⁶² Ibid.s.572

¹⁶³ i.c.

¹⁶⁴ i.c

¹⁶⁵ Jf pkt.5.1.1

¹⁶⁶ Kolstad(2007),s.572

virkemiddel for å fremme dynamisk effektivitet. Ved å forby adferd som ikke strider mot immaterialrettslovgivningen, men som reduserer den samfunnsøkonomiske verdien av innovasjoner til skade for forbrukerne,¹⁶⁷ oppnås denne effekten - tråd med EU-domstolens begrunnelse for "nytt produkt"- vilkåret.¹⁶⁸

5.1.6 Sammenfatning

Som vist i punktene ovenfor har EU-domstolen lagt til grunn at det kun under særlige omstendigheter vil kunne foreligge et misbruk etter TEU artikkel 102. Blant de særlige omstendigheter viser de til vilkåret om at nektelsen må hindre et nytt produkt det antas å være en potensiell etterspørsel etter. Bakgrunnen EU-domstolens skille mellom lisensnektelser og leveringsnektelser er den særlige avveiningen mellom statisk og dynamisk effektivitet som gjør seg gjeldende når det er spørsmål om konkurranserettslige inngrep på immateriellrettens område. Uttalelsene fra EU-domstolen angående "nytt produkt"- vilkårets begrunnelse¹⁶⁹ må også forstås slik at hensynet til dynamisk effektivitet ivaretas ved anvendelsen av TEU artikkel 102 på opphavsrettslige lisensnektelser.

I forhold til kravet om at produktet må være "nytt", altså spørsmålet om hvor unikt det nye produktet vil være, eller hvor mye det nye produktet eventuelt må skille seg fra det eksisterende, kan det legges til grunn at endringen må være av et visst omfang. Det nye produktet må ha kvalifiserte endringer i forhold til det eksisterende. Det holder heller ikke å tilby en forbedret versjon av eksisterende produkt.¹⁷⁰ Heller ikke enhver form for substitutter til det eksisterende produkt vil kunne oppfylle kravet til "nytt". Det substituerbare produktet må skille seg såpass mye fra det eksisterende at det ikke tilhører det samme relevante marked.¹⁷¹ Det er dermed ikke tilstrekkelig at lisens er nødvendig for å produsere produkter som har substitutter på markedet. Her vil også kravet til potensiell etterspørsel være veiledende. Finnes det allerede tilstrekkelige

¹⁶⁷ i.c

¹⁶⁸ Jf pkt.5.1.1

¹⁶⁹ Jf pkt.5.1.1

¹⁷⁰ Jf drøftelsen i pkt.5.1.3

¹⁷¹ Jf pkt.5.1.5

substitutter på markedet vil det ikke være noen etterspørsel etter det ”nye” produktet. Forbrukerne får dekt sitt behov gjennom allerede eksisterende tilbud. Dersom produktet imidlertid er helt nytt, vil en lisens bidra til en produktutvikling som gir forbrukerne en effektivitetsgevinst.¹⁷² Har produktet nye og unike egenskaper vil det tiltrekke seg etterspørrere, mens dersom det nye produktet kun er en variant av det eksisterende produktet vil dette ikke skje.

En viss veiledning kan søkes i Magill-saken der sammenstilling av TV- selskapenes programlister utgjorde et ”nytt produkt”. Det fantes ikke tilstrekkelige substitutter, og det var potensiell etterspørsel etter produktet. Jeg minner likevel om de særlige forholdene som gjør at saken må ses på som spesiell. Produktforbedringer i samme format som i Magill vil dermed ikke nødvendigvis være veiledende.¹⁷³

Ved vurderingen av hva som skal anses for å være et ”nytt produkt” vil begrunnelsen for vilkåret spille en stor rolle. Som nevnt er en konkurranserettslig tvangslisens kun begrunnet der en opphavsrett utnyttes på en måte som hindrer en dynamisk utvikling av markedet til skade for forbrukeren. Det vil derfor i vurderingen av hvor ”nytt” eller unikt et produkt er måtte foretas en vurdering av i hvilken grad det vil skade forbrukerne å ikke få tilgang til dette eventuelt nye produktet, jf ovenfor. EU-domstolen presiserer med dette at det er avveiningen mellom forbrukernes og rettighetshavernes interesser som er avgjørende ved vurderingen av om misbruk foreligger, og ”nytt produkt”-vilkåret viser at det må være en klar interesseovervekt på forbrukernes hånd for at det skal foreligge et misbruk.¹⁷⁴ I vurderingen av hvor ”nytt” produktet må være, vil altså skadepotensialet ved at forbrukerne ikke blir tilbudt det nye produktet være veiledende.

¹⁷² Kolstad (2007),s.578

¹⁷³ Se pkt.5.1.2

¹⁷⁴ Kolstad(2007)s.580

5.2 ”Nytt produkt”- vilkåret i *Microsoft*

I den såkalte Microsoft- saken hadde Microsoft nektet å gi sine konkurrenter på markedet for styresystemer til arbeidsgruppeservere den grenseflateinformasjon som var nødvendig for å sikre full interoperabilitet med Microsofts altdominerende operativsystem Windows.

Det ble slått fast at Microsoft hadde overtrådt TEU artikkel 102 ved å nekte å gi sine konkurrenter den grenseflateinformasjon som var nødvendig for å utvikle produkter som fullt ut kunne kommunisere med Microsofts dominerende operativsystem Windows. Som en følge av nektelsen var brukere som anvendte Windows tvunget til å anvende Microsofts serverstyresystem for å oppnå full interoperabilitet. Microsoft utnyttet således sin stilling på markedet for styresystemer til arbeidsgruppeservere. Med en markedsandel på 90 % hadde Microsoft en ekstraordinær sterk stilling på dette markedet. Nektelsen risikerte derfor å eliminere enhver konkurranse på dette markedet, samtidig som den begrenset den tekniske utviklingen til skade for forbrukerne.¹⁷⁵ Nektelsen ble heller ikke ansett for å være objektivt begrunnet i hensynet til beskyttelse av Microsofts immaterielle rettigheter. Microsoft ble dermed pålagt å utlevere fullstendige og presise opplysninger om grenseflaten med henblikk på å sette konkurrentene i stand til å utvikle produkter som kunne konkurrere på like vilkår på markedet for styresystemer til arbeidsgruppeservere, samt å oppdatere disse opplysningene løpende. Kommisjonen understreket at det ikke var snakk om å gi lisens til Microsofts kildekode, da denne ikke var nødvendig for å utvikle kompatible produkter.

5.2.1 Kommisjonens beslutning

Umiddelbart før EU-domstolens avsigelsen av dom i *IMS Health*-saken, vedtok Kommisjonen sin beslutning i *Microsoft*.

I forhold til ”nytt produkt”- vilkåret tok Kommisjonen en annen tilnærming enn hva EU-domstolen hadde utviklet gjennom sin praksis. Kommisjonen foretar i sin

¹⁷⁵ Kommisjonens beslutning i *Microsoft*,premiss 586-589 og 692-701

beslutning en kort vurdering av flere av avgjørelsene fra EU-domstolen angående både leverings- og lisensnektelser,¹⁷⁶ og legger bl.a til grunn at kravet til *særlige omstendigheter* og Magill-saken ville være veiledende. Videre finner Kommisjonen at de *særlige omstendighetene* slik de er formulert i *Magill*¹⁷⁷ ikke er uttømmende og at også andre forhold vil kunne medføre at særlige omstendigheter foreligger.¹⁷⁸ Kommisjonen legger til grunn at immaterialrettigheter ikke skal kategoriseres forskjellig fra andre eiendomsrettigheter,¹⁷⁹ og foretar ingen vurdering av om adferden forhindrer fremveksten av et nytt produkt eller utelukker enhver konkurranse på et avledet marked. I stedet finner Kommisjonen flere omstendigheter som i kombinasjon medfører at særlige omstendigheter likevel må sies å foreligge.¹⁸⁰

Kommisjonens konkluderer med at Microsofts adferd skapte en betydelig risiko for å eliminere konkurransen,¹⁸¹ og skade forbrukerne. De som ønsket å få lisens ville ikke ha mulighet til å konkurrere uten grenseflateinformasjonen, og de vil dermed miste incentivene til innovasjon. Den eneste innovasjonen på markedet for arbeidsgruppeservere ville da kunne komme fra Microsoft. Og Microsofts incentiv til innovasjon vil bli redusert siden de ikke vil møte noen konkurranse.¹⁸²

5.2.2 Førsteinstansrettens avgjørelse

Førsteinstansretten begynte med å notere at ”nytt produkt”- vilkåret skulle forstås i sammenheng med EU- traktatens art 102 annet ledd bokstav b som forbyr utilbørlig adferd som *begrenser produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukeren*.

¹⁷⁶ Kommisjonens beslutning i Microsoft, premiss 548-559

¹⁷⁷ Jf pkt.5.1.2

¹⁷⁸ Kommisjonens beslutning i Microsoft,premiss 555

¹⁷⁹ Ibid.premiss 550

¹⁸⁰ Ibid.premiss 573-577- Microsofts nektelse var bare en del av flere tilfeller av leveringsnektelser av informasjon for å oppnå interoperabilitet til kunder av arbeidsgruppeservere, og premiss 578-584 - det medførte sammenbrudd av tidligere samarbeidsmønster

¹⁸¹ Ibid.premiss 585-692

¹⁸² Ibid.premiss 725

Retten slår fast at "nytt produkt"- vilkåret ikke kan være det eneste parameter som bestemmer om en lisensnektelse kan skade forbrukerne:

”(...) the appearance of a new product cannot be the only parameter(...) prejudice may arise where there is a limitation not only of production or markets, but also of technical development”¹⁸³

Retten konkluderer dermed med at Kommisjonen ikke hadde feilet i lovanvendelsen når de tok dette i betraktning i sin avgjørelse.¹⁸⁴

Førsteinstansretten trengte derfor ikke å påvise at anskaffelsen av informasjonen om interoperabilitet ville resultere i at et spesifikt nytt produkt ville bli utviklet (slik som i *Magill*, der lisens resulterte i den ukentlige programoversikten). Dette påla de heller ikke Kommisjonen å påvise. Førsteinstansretten avviste dermed Microsoft anførselen om at lisensnektelsen påviselig måtte hindre et nytt produkt som det fantes potensiell etterspørsel etter hos forbrukerne på markedet. Anførselen ble avvist under henvisning til at det avgjørende er om forbrukerne stilles i en dårligere posisjon, og at dette også ville være tilfellet dersom lisensnektelsen hindrer fremveksten av forbedrede produkter.

Retten påpekte at hindring av fremvekst av nye eller forbedrede produkter bare er ett flere forhold som kan føre til skade for forbrukerne. Microsofts nektelse hindret ikke nye produkt å komme ut, men retten kom til at forbrukerne likevel led skade. Etter domstolens mening ville derfor Microsofts leveringsnektelse i stigende grad låse forbrukerne til å bruke Microsoft sin arbeidsgruppeserver, og konkurrentene var hindret i å utvikle operativsystem som fungerte med Windows.

¹⁸³ *Microsoft*,premiss 647

¹⁸⁴ *Microsoft*,premiss 647 - 648

5.2.2.1 Kommisjonens veiledning

Kommisjonen hadde gitt ut en veiledning¹⁸⁵ der formålet var å redegjøre for den prioriteringen som vil være veiledende ved Kommisjonens anvendelse av TEU artikkel 102 på dominerende foretaks ekskluderende adferd. Denne veiledningen var betydelig mindre detaljert enn førsteutkastet som kom i form av et diskusjonsnotat.¹⁸⁶ Siden veiledningen i stor grad er sammenfallende med Kommisjonens beslutning og Førsteinstansrettens avgjørelse vil jeg i det følgende bare kort redegjøre for hvordan ”nytt produkt”- vilkåret behandles her.

Kommisjonen legger til grunn at når den anvender TEU artikkel 102 på dominerende foretaks ekskluderende adferd, vil den konsentrere seg om de former for adferd som er mest skadelig for forbrukerne.¹⁸⁷ Kommisjonen behandler lisensnektelser innenfor den mer generelle rammen for leveringsnektelser, og gir ingen videre forklaring på hvorfor kriteriene for leveringsnektelser også anvendes på lisensnektelser. Det gis heller ingen nærmere redegjørelse for de særlige forhold som gjør seg gjeldende for lisensnektelser av immaterielle rettigheter.

Også Kommisjonen legger til grunn at kriteriene for leveringsnektelser ikke vil være tilstrekkelig for lisensnektelser. Kommisjonen krever et tilleggsvilkår. I denne sammenhengen viser også Kommisjonen til nytt produkt- vilkåret slik det er utviklet i rettspraksis gjennom *Magill* og *IMS Health*. Mens EU-domstolen i *IMS Health* klargjorde at en hindring av fremveksten av et nytt produkt måtte anses som et kumulativt vilkår, ser imidlertid Kommisjonen ut til å ta dette vilkåret mer som et eksempel på særlige omstendigheter som kan begrunne en plikt til å gi lisens:

”Kommissionen mener, at det for eksempel kan skade forbrukerne, når de konkurrenter, den dominerende virksomhed afskærer fra markedet, på grund af leveringsnægtelsen forhindres i at markedsføre nye produkter og tjenester og/eller

¹⁸⁵ Veiledningen er ikke formelt sett retningslinjer (guidelines) og bakgrunnen for dette er antatt å være uenighet i Kommisjonen og blant medlemslandene om innholdet

¹⁸⁶ Kommisjonens diskusjonsnotat til artikkel 102

¹⁸⁷ Kommisjonens veiledning, pkt 5

*når man bremser opfølgende innovation. Dette kan især være tilfældet, hvis den virksomhed, der anmoder om levering af varer eller tjenester, ikke har til hensigt fortrinsvis at kopiere varer eller tjenester, der i forvejen udbydes af den dominerende virksomhed på downstream-markedet, men agter at producere nye eller bedre varer eller tjenester, som der er en potentiel forbrugerefterspørgsel efter, eller som vil kunne bidrage til den tekniske udvikling.*¹⁸⁸

I tråd med det Kommisjonen har lagt til grunn i sin beslutning i Microsoft, legger de dermed også til grunn at ”nytt produkt”- vilkåret ikke er et absolutt kriterium, men et eksempel på *særlige omstendigheter* som særlig kan skade forbrukerne. Kommisjonen gir også her uttrykk for at dette ikke bare vil gjelde for nye produkter, men også forbedrede produkter. Også dette i tråd med deres beslutning i Microsoft.¹⁸⁹

5.3 Forholdet mellom ”nytt produkt”- vilkåret i Microsoft og EU-domstolens praksis

Spørsmålet blir videre om Førsteinstansrettens bruk av ”nytt produkt”- vilkåret kan sies å være i overensstemmelse med det EU-domstolen har lagt til grunn i tidligere praksis, eller om Førsteinstansrettens tilnærming til vilkåret må sies å være i strid med det EU-domstolen har lagt til grunn.

5.3.1 Er betingelsene under kravet til særlige omstendigheter uttømmende?

Som vist i oppgaven så langt har altså EU-domstolen utviklet en spesifikk ”liste” over betingelser eller *særlige omstendigheter* som må være oppfylt for at en lisensnektelse skal være forbudt under TEU artikkel 102.¹⁹⁰ I tillegg til de ”alminnelige” vilkår for leveringsnektelse kreves det at lisensen hindrer at et nytt produkt kommer på markedet.

Som nevnt tidligere ble det i Kommisjonens beslutning i Microsoft- saken ikke påvist, og konkurrentene ble heller ikke pålagt av Førsteinstansretten å påvise, at nektelsen

¹⁸⁸Kommisjonens veiledning, para 87

¹⁸⁹ Jf pkt.5.2.1

¹⁹⁰ Jf bl.a pkt.4.1

faktisk hindret et spesifikt nytt produkt å komme på markedet.¹⁹¹ I stedet argumenterte Kommisjonen i sin beslutning med at

“(...)there is no persuasiveness to an approach that would advocate the existence of an exhaustive checklist of exceptional circumstances and would have the Commission disregard a limine other circumstances of exceptional character that may deserve to be taken into account when assessing a refusal to supply.”¹⁹²

Som nevnt legger Kommisjonen herved til grunn at denne ”listen” over betingelser som er utviklet i EU-domstolens praksis ikke er uttømmende. Også i sin veiledning legger Kommisjonen til grunn at listen ikke kan være uttømmende, da de uttaler at ”nytt produkt”- vilkåret ikke er et absolutt kriterium, men et eksempel på særlige omstendigheter som særlig kan skade forbrukerne.¹⁹³

Førsteinstansretten unngår å ta stilling til spørsmålet om listen er uttømmende eller ei ved først å stadfeste i sin avgjørelse at

“(...)it follows from(...) case-law that the following circumstances, in particular, must be considered to be exceptional.”¹⁹⁴

Førsteinstansretten gjentar så betingelsene slik de følger av EU-domstolens praksis,¹⁹⁵ og resten av avgjørelsen synes ikke å gjøre annet enn å gjennomgå Kommisjonens håndtering av disse betingelsene på bakgrunn av faktum i saken.¹⁹⁶ På denne måten unngår Førsteinstansretten å ta stilling til Kommisjonens argument om hvorvidt betingelsene satt opp av EU-domstolen er uttømmende eller ei.

Å legge til grunn at EU-domstolens ”liste” over betingelser ikke er uttømmende, er

¹⁹¹ Jf pkt.5.2.2

¹⁹² Kommisjonens beslutningen,premiss 555

¹⁹³ Jf pkt.5.2.1

¹⁹⁴ *Microsoft*,premiss 332

¹⁹⁵ *Microsoft*,premiss 332 – 335

¹⁹⁶ Larouche(2008),s.3

likevel ikke nødvendigvis i direkte strid med EU-domstolens praksis. I *IMS Health* la EU-domstolen til grunn at det var tilstrekkelig at de fire vilkårene i *Magill* var oppfylt for at særlige omstendigheter skulle foreligge.¹⁹⁷ Retten sa ikke at det er *nødvendig* å oppfylle alle vilkårene. I prinsippet kan det dermed ikke utelukkes at det kan foreligge særlige omstendigheter også i andre tilfeller. Slik sett kan en si at Førsteinstansretten ikke er i direkte strid med EU-domstolen (når den legger til grunn Kommisjonens argument om at ”listen” ikke er uttømmende).

5.3.2 ”Nytt produkt”- vilkåret og kravet om at nektelsen må hindre den tekniske utviklingen til skade for forbrukerne

Til tross for at Førsteinstansretten uttaler at også andre omstendigheter enn ”nytt produkt”- vilkåret kan medføre at særlige omstendigheter foreligger, velger de likevel å legge til grunn at vilkåret om at nektelsen må hindre et nytt produkt er tilfredstilt. For å bevise at ”nytt produkt”- vilkåret faktisk er oppfylt viser Førsteinstansretten til TEU artikkel 102 annet ledd bokstav b, som fastsetter at å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukeren er en form for misbruk av dominerende stilling. Førsteinstansretten knytter så ”nytt produkt”- vilkåret mot ordlyden i art 102, annet ledd, bokstav b og uttaler at

*“the appearance of a new product cannot be the only parameter(...)prejudice may arise where there is a limitation not only of production or markets, but also of technical development.”*¹⁹⁸

Med dette legger Førsteinstansretten til grunn at ”nytt produkt”- vilkåret skal leses som en begrensning av den tekniske utviklingen,¹⁹⁹ og at ”nytt produkt”- vilkåret dermed ikke vil være det eneste parameter som kan medføre at en lisensnektelse er til skade for forbrukerne. Førsteinstansretten mener derfor at Kommisjonen ikke hadde begått noen åpenbare feil i sin beslutning når de kom til at vilkårene for lisensnektelse var oppfylt,

¹⁹⁷ *IMS Health*,premiss 37

¹⁹⁸ *Microsoft*,premiss 647

¹⁹⁹ *Wish*(2009),s.791

til tross for at de ikke påviste at noe nytt produkt ville bli utviklet.²⁰⁰

Spørsmålet er om denne forståelsen av ”nytt produkt”- vilkåret kan sies å være i overensstemmelse med EU-domstolens praksis.

EU-domstolen viste blant annet i *Magill* uttrykkelig til at lisensnektelsen ville hindre utviklingen av et spesifikt nytt produkt, mens det i Førsteinstansrettens avgjørelse ikke ble vist til at nektelsen hindret noe nytt produkt å komme på markedet. I stedet velger de å ”bytte” ut kravet om nytt produkt med kravet om at nektelsen må hindre den tekniske utviklingen.

Slik jeg forstår EU-domstolens bruk av ”nytt produkt”- vilkåret, så må vilkåret blant annet tolkes dit hen at det stilles krav til selve kvalifiseringen av det produktet som hindres framstilt.²⁰¹ Når Førsteinstansretten ikke engang viser til at et spesifikt produkt hindres, synes ikke dette å harmonere helt med EU-domstolen tilnærming. Det avgjørende for Førsteinstansretten vil derfor være en vurdering av om nektelsen hindrer den tekniske utviklingen. Dersom ”nytt produkt”- vilkåret leses slik, synes vilkåret å kunne gjelde for nesten enhver opphavsrettslig lisensnektelse,²⁰² og Førsteinstansretten synes dermed å legge seg på en mindre restriktiv linje enn EU-domstolen.

5.3.3 ”Nytt produkt”- vilkåret som en kvalifisering av produktet som ønskes framstilt

Også i forhold til selve kvalifiseringen av det nye produktet synes Førsteinstansretten å ha en annen tilnærming enn EU-domstolen. Ut i fra en tolkning av EU-domstolens praksis kan det settes opp enkelte retningslinjer i forhold til hvordan en vurderer kravet til at produktet skal være ”nytt”.²⁰³ Blant annet må endringene være av et visst omfang som gjør at produktet ikke i all vesentlighet tilsvarer rettighetshavers produkt. Produktet må også være av en type som er særskilt etterspurt. Det nye produktet må dermed ha en

²⁰⁰ *Microsoft*,premiss 649

²⁰¹ Se bl.a pkt. 5.1.3 og 5.1.6

²⁰² Ahlborne(2005),s.28

²⁰³ Se særlig pkt.5.1.6

egenskap som innebærer en kvalifisert endring i forhold til det eksisterende produktet, og det holder ikke å bare tilby en forbedret versjon.²⁰⁴

Som nevnt legger imidlertid Førsteinstansretten også til grunn at det er tilstrekkelig at nektelsen forhindret fremveksten av forbedrede produkter, ikke bare nye:

*”The circumstance relating to the appearance of a new product... cannot be the only parameter which determines whether a refusal to license an intellectual property right is capable of causing prejudice to consumers within the meaning of Article 82(b) EC. As that provision states, such prejudice may arise where there is a limitation not only of production or markets, but also of technical development”*²⁰⁵

Også Kommisjonens synes å legge dette til grunn i deres veiledning når de sier at det vil være til skade for forbrukerne hvis de som nektes lisens:

*”(...) agter at producere nye eller bedre varer eller tjenester, som der er en potentiel forbrugerefterspøringsel efter, eller som vil kunne bidrage til den tekniske udvikling.”*²⁰⁶

Det ser ut til at Førsteinstansretten her strekker ”nytt produkt”- vilkåret i forhold til det EU-domstolen har lagt til grunn i sine tidligere avgjørelser. Ut i fra en tolkning av rettspraksis, jf ovenfor, har tilsynelatende EU-domstolen lagt seg på en linje som krever en mer kvalifisert endring av det nye produktet enn kun en forbedring av det eksisterende, for at det skal anses som ”nytt”. Slik sett kan det virke som om Førsteinstansretten på dette punktet er i direkte strid med EU-domstolens praksis.

I forlengelsen av dette kan en også stille spørsmål om ikke terskelen for konkurranserettslige inngrep ovenfor et opphavsrettslig beskyttet gode blir for lav i forhold til hva hensynet til effektiv ressursbruk tilsier.

²⁰⁴ Se her pkt.5.1.3 og særlig generaladvokat Tizzanos uttalelse.

²⁰⁵ *Microsoft*,premiss 647

²⁰⁶ Se Kommisjonens veiledning,para87

Som tidligere nevnt er ”nytt produkt”- vilkåret etter EU-domstolens praksis begrunnet i avveiningen mellom beskyttelsen av de immaterielle enerettigheter på den ene siden og beskyttelsen av den frie konkurranse på den andre siden. Når en lisensnektelse hindrer utvikling til skade for forbrukerne vil en kunne legge avgjørende vekt på hensynet til den frie konkurranse.²⁰⁷ En konkurranserettslig tvangslisens er kun begrunnet der et opphavsrettslig beskyttet gode utnyttes på en måte som hindrer innovasjon og utvikling av nye produkter til skade for forbrukerne. Mindre produktforbedringer vil også gi samfunnet effektivitetsgevinster, men disse vil normalt være moderate. Når EU-domstolen stiller et krav om at lisensnektelsen må hindre et *nytt* produkt, kan dette tolkes slik at en konkurranserettslig tvangslisens skal forbeholdes de tilfeller der effektivitetsgevinsten ved å gi lisens *klart* vil oppveie de negative virkningene av et inngrep i den beskyttelse en opphavsrett gir rettighetshaver.²⁰⁸ Dersom en hindring av forbedrede produkter også vil kunne begrunne en konkurranserettslig tvangslisens, kan terskelen for konkurranserettslige inngrep bli for lav ettersom effektivitetsgevinsten i disse tilfeller vil være mer moderat. Begrunnelsen for en konkurranserettslig tvangslisens vil da heller ikke samsvare i like stor grad med den økonomiske begrunnelse opphavsrettslige eneretter kan gis.

At Førsteinstansretten åpner for at også en hindring av forbedrede produkter kan begrunne en konkurranserettslig tvangslisens, viser at retten også på dette punkt kan ha lagt seg på en mindre restriktiv linje enn EU-domstolen.

5.3.4 Vurderingen av den dynamiske effektivitet

Dersom kravet til nytt produkt tolkes dit hen at en konkurranserettslig tvangslisens skal forbeholdes de tilfeller der effektivitetsgevinsten ved å gi lisens *klart* vil oppveie de negative virkningene av et inngrep i en opphavsrettslig enerett, foreskriver EU-domstolen egentlig ingen konkret og detaljert vurdering av de positive og negative virkninger på konkurransen i forhold til TEU artikkel 102. I stedet formulerer domstolen en mer generell regel der misbruk vil foreligge i de tilfeller en lisensnektelse

²⁰⁷Se pkt.5.1.3

²⁰⁸Kolstad(2007),s.580

i sum medfører et klart effektivitetstap på forbrukernes og samfunnets hånd. Hensynet til den dynamiske effektivitet og dermed vurderingen av incentivene til innovasjon, ligger på denne måte ”bakt inn” i nytt produkt vurderingen.

Førsteinstansretten foretar på sin side en mye mer detaljert vurdering enn det EU-domstolen synes å legge opp til. I forhold til om lisensnektelsen skader incentivene til utvikling og innovasjon går Førsteinstansretten helt ned på et ”mikronivå” og skiller mellom Microsofts egne incentiver på den ene side og konkurrentenes incentiver²⁰⁹ på den andre. Også her skiller Førsteinstansretten seg noe fra EU-domstolen.

5.3.5 Andre bemerkninger

Det er verdt å merke seg at da Kommisjonen fattet sin beslutning i Microsoft- saken i 2004, var det fortsatt ikke avgitt noen avgjørelse i *IMS Health*. I en viss utstrekning må derfor Kommisjonen være unnskyldt for å ikke følge en avgjørelse som enda ikke var fattet. *IMS Health* bekrefter imidlertid de vilkårene som allerede var utviklet i de tidligere avgjørelsene, slik som i *Magill*. Likevel synes Kommisjonen å følge en mindre restriktiv tilnærming. Ved å gjøre dette antyder nok Kommisjonen at den ikke var overbevist om at vilkårene er oppfylt, og at saken ikke oppfyller betingelsene til *særlige omstendigheter*.²¹⁰

5.4 Et krav om markedsutnyttende adferd?

Det kan stilles spørsmål om ”nytt produkt”- vilkåret i stedet for å forstås som en kvalifisering av produktet som hindres framstilt, i stedet (eller i tillegg) må ses på som et uttrykk for et generelt krav om lisensnektelsens markedsutnyttende effekt. I spørsmålet om misbruk foreligger vil det da ikke være tilstrekkelig å påvise lisensnektelsens konkurransebegrensende virkninger ved hjelp av leveringsnektelseslærens vurderingsmomenter; lisensnektelsen må medføre at

²⁰⁹ Se *Microsoft*,premiss 723-729

²¹⁰ Larouche(2008),s.7

forbrukernes interesser blir direkte skadelidende. Dette vil eventuelt samsvare med avgjørelsen i Microsoft, samt Kommisjonens retningslinjer.

Som nevnt kreves det at det er en potensiell etterspørsel fra forbrukerne etter det nye produktet som ønskes framstilt. Som vist vil dette kunne være veiledende for kvalifiseringen av produktet, altså hvor ”nytt” produktet må være. Videre taler det for en tolkning der ”nytt produkt”- vilkåret i tillegg til å hindre en nytt produkt, også hindrer fremveksten av et nytt marked.²¹¹ Kravet til potensiell etterspørsel kan også sees i sammenheng med det dominerende foretaks mulighet til å utnytte sin markedsposisjon til skade for forbrukerne.²¹² Om rettighetshaver ikke selv imøtekommer en etterspørsel fra forbrukerne, vil en eventuell lisensnektelse til hinder for fremkomsten av et etterspurt produkt, ha karakter av markedsutnyttende adferd. Denne markedsutnyttende muligheten i ”nytt produkt”- momentet fremkommer i EU-domstolen uttalelser i *Magill*:

*”Appellanternes nægtelse... forhindrer således, at der blev skabt et nyt produkt ... som appelanterne ikke udbød til salg, og som der var potential efterspørgsel efter fra forbrugernes side, hvilket udgør et misbrug i henhold til traktatens 82 litra b.”*²¹³

Av TEU artikkel 102 annet bokstav b fremgår det uttrykkelig at adferden må være ”til skade for forbrukerne”. I *IMS Health* finnes ingen tilsvarende henvisning til bestemmelsen, men muligheten til markedsutnyttende misbruk blir likevel fremhevet gjennom uttalelsene om

”(...) at der ved afvejningen mellem på den ene side hensynet til beskyttelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder og hensynet til rettighedsindehaverens frie næringsret, og på den anden side hensynet til beskyttelsen af den frie konkurrence, kun kan lægges afgørende vægt på sidstnævnte hensyn i tilfælde, hvor nægtelsen af at

²¹¹ Jf pkt.5.1.5

²¹² Hagland(2007),s.71

²¹³ *Magill*,premiss 56

*meddele licens er til hinder for utviklingen af det afledte marked til skade for forbrugerne.*²¹⁴ (Min uthevnning).

I *IMS Health* ble det også, som tidligere nevnt, slått fast at vilkårene for lisensnektelse er kumulative; nektelsen må være til hinder for et nytt produkt som det er potensiell etterspørsel etter, den må være ubegrunnet og den må utelukke enhver konkurranse på et avledet marked for at misbruk skal foreligge.²¹⁵ Følgene av dette er at misbruksvurderingen dermed skal foretas i to ledd. Først må det vurderes om lisensnektelsen hindrer fremkomsten av et nytt produkt, mens den andre vurderingen vil fokusere på virkningene for konkurransen i sekundærmarkedet.²¹⁶ Det stilles dermed krav til at det må foreligge både utnyttende misbruk til skade for forbrukerne, samt konkurransebegrensende misbruk til skade for konkurranseprosessen. I spørsmålet om det foreligger utnyttende misbruk vil vurderingen dermed være om lisensnektelsen hindrer fremkomsten av et nytt produkt til skade for forbrukerne. EU- domstolen knytter dermed det dynamiske elementet i misbruksvurderingen opp mot forbrukernes velferd,²¹⁷ og i vurderingen vil det da fokuseres på forbrukerens interesse av at det utvikles nye produkter. Forbrukeren vil ha en interesse i at potensielle tilbydere gis adgang til den teknologi som er nødvendig for å utvikle nye produkter, da dette vil gi forbrukerne en dynamisk effektivitetsgevinst.²¹⁸ Fokus vil være forbrukernes interesse i dynamisk utvikling på et gitt marked.²¹⁹

Forbrukerhensyn er et av flere mål for konkurransereglene. Blant annet kan det vises til konkurranseloven § 1 annet ledd som viser til at det skal tas ”særlig hensyn til forbrukernes interesser”.²²⁰ Forbrukerhensyn skal dermed trekkes inn ved misbruksvurderingen.²²¹ Normalt har imidlertid ikke EU- domstolen vist til

²¹⁴ *IMS Health*, premiss 48

²¹⁵ *IMS Health*, premiss 37

²¹⁶ Kolstad (2005), s.84

²¹⁷ Hagland(2007), s.71

²¹⁸ Kolstad(2005), s.84

²¹⁹ i.c.

²²⁰ Se også TEU artikkel 3 nr.1 bokstav t

²²¹ Sæveraas(2009)s.38

forbrukerhensyn som det avgjørende kriteriet ved bruk av konkurransereglene og spørsmålet om misbruk foreligger.²²² At det gjøres i disse tilfellene kan forklares ved at EU- domstolen legger vekt på hensynet til dynamisk effektivitet ved anvendelsen av TEU artikkel 102 på de opphavsrettslige lisensnektelser.²²³ De opphavsrettslige enerettsposisjonene er jo ment å skulle fremme innovasjon og dermed utvikling av nye produkt og tjenester som det er etterspørsel etter fra forbrukerne. I *IMS Health* ”snur” EU- domstolen dette argument rundt. Siden immaterielle rettigheter skal fremme utviklingen av nye produkt, må en bruk av eneretten med den motsatte effekt (hindre nye produkt) dermed være et misbruk etter konkurransereglene,²²⁴ og følgelig til skade for forbrukerne da de ikke tilbys et produkt de etterspør.

Når EU- domstolen da uttrykkelig henviser til forbrukernes interesser i fremveksten av et nytt produkt, kan dette innebære at domstolen i realiteten vurderer lisensnektelsens virkninger som følge av en redusert produksjon for forbrukerne i sekundærmarkedet.²²⁵ Dette kan videre tyde på at å begrense produksjonen til skade for forbrukerne i seg selv kan innebære et misbruk, noe som vil samsvare med Førsteinstansrettens tilnærming der det avgjørende var at lisensnektelsen medførte begrensninger i den tekniske utvikling til skade for forbrukerne.²²⁶

Legger man en slik tilnærming til grunn vil EU-domstolens praksis kunne sies å harmonere med Førsteinstansrettens avgjørelse i *Microsoft*.

5.5 Er ”nytt produkt”- vilkåret tilstrekkelig for å oppnå dynamisk effektivitet?

Leses ”nytt produkt”- vilkåret som en kvalifisering til selve produktet som ønskes framstilt, stilles det krav til hvor mye det nye produktet skiller seg fra det eksisterende. Imitasjon er ikke tillatt, men det kan være substitutter som kan tilfredsstille kravet til nytt produkt. Se her uttalelsen om at konkurrerende foretak som ønsker lisens

²²² Drex1(2004),para.4

²²³ Jf pkt.5.1.1

²²⁴ Drex1(2004),para.4

²²⁵ i.c

²²⁶ Jf pkt.5.2.2

”(...) does not limit itself essentially to duplicating the goods or services already offered..by the rightholder, but intends to produce new goods and services.”²²⁷

Dette er som tidligere nevnt i overensstemmelse med de opphavsrettslige enerettsposisjonene. Eneretten utelukker konkurranse gjennom imitasjon ved at den hindrer andre foretak i å kopiere produkter for å konkurrere på samme marked. Økonomisk kan dette uttrykkes som et tap av allokerings effektivitet.²²⁸ Slik ivaretas konkurrentenes incentiver ved at opphavsretten utelukker imitasjon av rettighetshavers produkt (konkurranse gjennom imitasjon), og de må utvikle nye og bedre produkter; substitutter (konkurranse gjennom substitusjon).²²⁹ Samtidig ivaretas rettighetshavers incentiver, som stilt ovenfor konkurranse gjennom substitusjon vil investere i den videre åndsproduksjonen. På denne måten fremmes dynamisk effektivitet.²³⁰

Spørsmålet er da om ”nytt produkt”- vilkåret i tilstrekkelig grad tilfredsstiller kravet om dynamisk konkurranse ved anvendelsen av TEU artikkel 102.

I forhold til å fremme konkurranse gjennom substitusjon virker det som om ”nytt produkt”- vilkåret i tilstrekkelig grad tilfredsstiller den dynamiske konkurransen. Med dette vilkåret vil TEU artikkel 102 kunne anvendes i de tilfeller en lisensnektelse – i motsetning til den dynamiske konkurransen – ekskluderer konkurranse gjennom substitusjon. I overensstemmelse med hensynene bak de immaterielle rettighetene og konkurranseretten vil TEU artikkel 102 dermed garantere dynamisk konkurranse i de tilfeller eneretten uventet ekskluderer substitusjon i stedet for å fremme incentiver for konkurrenter til å investere i innovasjoner.

Imidlertid betyr ikke dette nødvendigvis at ved å bruke ”nytt produkt”- vilkåret så vil en få en tilfredsstillende løsning på de problematiske, og særlige, tilfeller som oppstår. I

²²⁷ *IMS Health*,premiss 49

²²⁸ Drexel(2006),para 6

²²⁹ i.c

²³⁰ i.c

tillegg til problemet med å trekke linjen mellom det produktet som allerede eksisterer (som tilbys) og et mulig nytt ett, forutsetter nytt produkt- vilkåret at ved å gi lisens så vil det konkurrerende foretaket klare å tilby et nytt produkt. I de tilfeller det konkurrerende foretaket faktisk vil kunne tilby et nytt produkt vil tvangslisensen gjenopprette konkurransen (*Magill*- saken var et slikt tilfelle – ved å få tilgang til den opphavsrettslig beskyttede informasjonen fikk Magill muligheten til å tilby et ukentlig TV- programblad som fram til da ikke hadde blitt tilbydd av rettighetshaver). Imidlertid er det situasjoner der det konkurrerende foretak ikke vil ha mulighet eller ikke evner å kunne konkurrere gjennom substitutter, med andre ord er det umulig eller høyst usannsynlig at det kan utvikles og tilbys et alternativ produkt eller tjeneste til det eksisterende produkt.

Ved såkalte standardiserte produkter, der den aktuelle teknologien har blitt standarden på markedet, vil rettighetshaver være beskyttet mot konkurranse fra andre og til og med bedre produkter/ teknologier. I disse tilfeller kan det stilles spørsmål om TEU artikkel 102 burde tillatt kopiering av produkter, altså konkurranse gjennom imitasjon, i det minste for å sikre den statiske konkurransen.²³¹ I begge tilfeller har jo en lisensnektelse en ekskluderende effekt.

Sett slik vil en kunne si at "nytt produkt"- vilkåret ikke i enhver situasjon vil være et tilfredsstillende vurderingsmoment for å sikre den dynamiske konkurranse på området for konkurranserettslige inngrep ovenfor et opphavsrettslig beskyttet gode. Om Førsteinstansrettens tilnærming til vilkåret i større grad ivaretar dette hensyn, vil være for omfattende å behandle i denne avhandlingen. Jeg nøyer meg derfor med å påpeke problemstillingen.

6 Avsluttende bemerkninger

Som avhandlingen viser er det visse skiller mellom den tilnærming henholdsvis EU-domstolen og Førsteinstansretten har lagt seg på i forhold til "nytt produkt"- vilkåret, og

²³¹ Drexel(2006),para 7(b)

det må være på det rene at Førsteinstansretten nok har lagt seg på en mindre restriktiv linje enn EU-domstolen. Om EU-domstolen velger å legge seg på samme linje som Førsteinstansretten gjenstår å se.

Det som er sikkert er at i dagens internasjonaliserte samfunn er det den som behersker og har kontroll over vital kunnskap og informasjon, og de kanaler som informasjonen og kunnskapen distribueres gjennom, som vil ha fortrinn fremfor sine konkurrenter. Det å verne om denne kunnskap, informasjon og distribusjonskanaler, og hindre konkurrenter innsikt og tilgang, vil da ikke bli mindre viktig ettersom tiden går. Vi har derfor helt sikkert ikke sett den siste saken der EUs rettsinstanser må ta stilling til konflikter i grensesnittet mellom opphavsretten og konkurranseretten. Det er derfor sikkert også bare et tidsspørsmål før EU-domstolen blir utfordret til å måtte ta prinsipiell stilling til forståelsen og anvendelsen av ”nytt produkt”-begrepet/vilkåret.

Litteraturliste

Bøker

Etter forfatter

Eklöf (2005), Dan Eklöf, *Upphovsrätt i konkurrens*, Uppsala, 2005

Gallego (2008), Unilateral refusal to license indispensable intellectual property rights – US and UN approaches in *Research Handbook on Intellectual Property and Competition law*, redigert av Josef Drexler, 2008, Chapter 9

Hagland (2007), Birgitte Hagland, Opphavsrettslig lisensnektelse som misbruk av dominerende stilling i *Misbruk av dominerende stilling*, redigert av Olav Kolstad, Oslo, 2007, Kapittel 1

Knoph, Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo, 1936

Koktvedgaard, Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i immaterialret*, 7. utgave revidert av Jens Schovsbo, København 2005

Koktvedgaard (2005), Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i konkurrencerett*, 6. utgave revidert av Caroline Heide-Jørgensen, København, 2005

Kolstad (1998), Olav Kolstad, *Fra konkurransepolitikk til konkurranserett*, Oslo, 1998

Kolstad (2007), *Norsk Konkurranserett, Bind 1 Atferdsregler og strukturkontroll* ved Olav Kolstad og Anders Ryssdal, 2007

Korah (2007), Valentine Korah, *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, Ninth edition, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007

Lunde (2007), Tore Lunde, *Distribusjonsavtaler i konkurranserettsleg perspektiv*, Bergen, 2007

Riis (1996), Thomas Riis, *Opphavsrett og rettsøkonomi*, København, 1996

Rognstad (2009), Ole Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo, 2009

Sæveraas (2009), *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, redigert av Harald Evensen og Eivind Sæveraas, 1 utg, 2009

Østbye (2008), *Konkurranserett- Enstrategisk og rettsøkonomisk tilnærming*, Bergen, 2008

Wish (2009), Richard Wish, *Competition Law*, Sixth edition, Oxford University Press, Oxford, 2009

Etter verk

Konkurrenseretten i EU, Andreas Christensen, Caroline Heide-Jørgensen, Simon Evers Hjelmberg, Jan Magne Langseth, Sune T. Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl og Jens Schovsbo. 2.utgave, København 2005.

Artikler

Ahlborn, Christian Ahlborn and David S. Evans, *The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe*,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1115867

Drexl (2004), Josef Drexl, *Intellectual Property and Antitrust Law- IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal-Cases*, 35 International review of intellectual property and competition law, 788 (2004).

Drexl (2006), Josef Drexl m.fl, *Comments by the Max Planck Institute for Intellectual Property and Tax (Munich) Law on the DG Competition discussion Paper of December 2005 on the application of Article 82 of the EC Treaty to Exclusionary abuses*. I: ICC International review of intellectual property and competition law, vol.37 (2006) 5, s 558-572

Graver(2004), Hans Petter Graver, *Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranse-loven § 11*, Lov og Rett, 2004, s.340

Kolstad (2005), Olav Kolstad, *Konkurranse-loven som virkemiddel til å fremme ”forbrukernes interesser”*, TfR 2005 nr ½, s 1 – 94

Larouche (2008), Pierre Larouche, *TILEC Discussion Paper, The European Microsoft case at the crossroads of competition policy and innovation*, May 2008, Tilburg University

Stenvik, Are Stenvik, *Patentrett og rettsøkonomi*, TfR 2000, s 657

Annet

Welo, Kaja Moen Welo, *Konkurranse-rettslige forhold ved utøvelse av opphavsrettigheter gjennom forvaltningsorganisasjoner* (2006) Spesialoppgave

Håndbok Konkurranseloven (2008), Håndbok Konkurranseloven fra Næringslivets Hovedorganisasjon, 2.utgave, 2008

Lover, forskrifter og forarbeider

Norsk lov

1992 EØS-loven Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven) av. 27.november 1992 nr.109

2004 Lov om konkurransen mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12

2004 Lov om gjennomføring og kontroll med EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 11

Forarbeider

Ot.prp.nr.6 Ot.prp.nr.6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.(EØS-konkurranseloven)

Traktater

EØS-avtalen Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde, 2. Mai 1992

EU-traktaten Traktat om opprettelse av det Europeiske Fellesskap, 1957

Direktiver

Opphavsrettsdirektivet Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF om harmonisering av visse aspekter vedrørende opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet

Konvensjoner

TRIPS Trade Related aspects of Intellectual Property Rights

Domsregister

Norsk Høyesterett

Rt.2000.1118

EU-domstolens avgjørelser

Bronner Sak C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Sml.* 1998 s. I-7791.

<i>Commercial Solvents</i>	Forente saker 6 og 7/73, Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A og Commercial Solvents Corporation mot Kommisjonen, Sml. 1974 s.233
<i>Coditel</i>	Sak C-262/81, <i>Coditel m.fl mot Ciné- Vog Films m .fl</i> , Sml. 1982 s.3381 Sml. 1982 s.3381
<i>Continental Can</i>	Sak 6/72, <i>Europeemballage Corporation og Continental Can Company Inc. mot Kommisjonen</i> , Sml. 1973 s. 215.
<i>IMS Health</i>	Sak C-418/01, <i>IMS Health GmbH & Co mot NDC Health GmbH & Co</i> , Sml. 2004 s. I-5039
<i>Magill</i>	Forente saker C-241-242/92 P, RTE og ITP mot Kommisjonen (Magill), Sml. 1995 s. I- 743
<i>Télemarketing</i>	Sak 311/84, <i>CBEM Télémarketing mot CLT og IPB</i> , Sml. 1985 s. 3261.
<i>Tierce Ladbroke</i>	Sak T-504/93, <i>Tierce Ladbroke mot Kommisjonene</i> , Saml...
<i>Volvo mot Veng</i>	Sak C-238/87, <i>Volvo mot Erik Veng</i> , Sml. 1988 s. 6211

Avgjørelser fra Førsteinstansretten

<i>Microsoft</i>	T-201/04 (2007) ECR II-000, <i>Microsoft mot Kommisjonen</i>
------------------	--

Kommisjonens beslutninger

Kommisjonens beslutning i <i>Microsoft</i>	Kommisjonens beslutning av 24.03.2004, OJ L32/33, http://eur-
--	---

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?
uri=OJ:L:2007:032:0023:0028:EN:PDF](http://lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:032:0023:0028:EN:PDF)

Generaladvokatens avgjørelser

Generaladvokatens avgjørelse i *Magill*

Generaladvokat Gulmanns forslag til avgjørelse av 1.juni 1994 i Forente saker C-241-242/92 P, RTE og ITP mot Kommisjonen (Magill) Sml. 1995 s. I-743, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991C0241:EN:HTML>

Generaladvokatens avgjørelse i *IMS Health*

Generaladvokat Tizzano forslag til avgjørelse av 2 oktober 2003 i Sak C-418/01, *IMS Health GmbH & Co mot NDC Health GmbH & Co*, Sml. 2004 s. I-5039, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001C0418:EN:HTML>

Retningslinjer / diskusjonsnotat

Kommisjonens veiledning

Meddelelse fra Kommissjonen, *Vejledning i hvordan Kommissjonen prioriterer sin håndhevelse af EF-traktatens artikel 82 i forbindelse med virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd*, Tilgang: <http://www.eu->

oplysningen.dk/upload/application/pdf/e752d81a/COM_2008_832_DA_ACTE_f.pdf

Kommisjonens retningslinjer
for teknologioverføringsavtaler

Kommisjonens retningslinjer
for anvendelsen av TEU artikkel
101 på teknologioverføringsavtaler av 27 April
2004, (EC) No 772/2004, Tilgang: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427\(07\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427(07):EN:HTML)

Kommisjonens diskusjonsnotat

DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the treaty of exclusionary abuse, Brussels, publisert 19. Desember 2005, Tilgang: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

Kommisjonens markedsandel

Virkningen og effektiviteten af det indre marked, Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet av 30. oktober 1996, Tilgang: http://ec.europa.eu/internal_market/economic-reports/docs/single_da.pdf

